

UNIVERZITA KARLOVA V PRAZE

Právnická fakulta

Katedra evropského práva

**Dvojkolejnost právní úpravy dominantního postavení
v soutěžním právu EU**

(Duality of the legal regulation of a dominant position in EU competition law)

Jan Pavel, B.A.(Hons), LL.M.

Vedoucí práce: doc. JUDr. Pavel Svoboda, Ph.D., D.E.A.

Datum vypracování práce (uzavření rukopisu): 19. srpna 2012

Prohlášení

Prohlašuji, že jsem předkládanou diplomovou práci vypracoval samostatně, všechny použité prameny a literatura byly řádně citovány a práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

V Praze dne 19. srpna 2012

Jan Pavel, B.A.(Hons), LL.M.

Poděkování

Na tomto místě bych rád poděkoval mému vedoucímu diplomové práce doc. JUDr. Pavlu Svobodovi, Ph.D., D.E.A, za cenné rady a připomínky poskytnuté během uskutečněných konzultací k této diplomové práci.

Jan Pavel, B.A.(Hons), LL.M.

Obsah

| | |
|---|------------|
| OBSAH..... | 4 |
| ÚVOD..... | 5 |
| 1. ÚVODNÍ POZNÁMKY – OBECNÉ OTÁZKY SOUTĚŽNÍHO PRÁVA..... | 10 |
| 1.1 HOSPODÁŘSKÁ SOUTĚŽ..... | 10 |
| 1.2 „PODNIK“ A „SOUTĚŽITEL“..... | 11 |
| 1.3 VNITŘNÍ TRH EU A ZÁKLADNÍ SVOBODY..... | 13 |
| 1.4 SOUTĚŽNÍ PRÁVO OBECNĚ..... | 14 |
| 1.4.1 Ordoliberalismus (Freiburská škola)..... | 16 |
| 1.5 SOUTĚŽNÍ PRÁVO EU..... | 17 |
| 1.6 CÍLE SOUTĚŽNÍHO PRÁVA..... | 18 |
| 1.7 RELEVANTNÍ TRH A TRŽNÍ PODÍL..... | 20 |
| 2. DOMINANTNÍ POSTAVENÍ PODNIKU NA TRHU..... | 24 |
| 2.1 DOMINANTNÍ POSTAVENÍ A EVROPSKÉ (UNIJNÍ) PRÁVO..... | 25 |
| 2.1.1 Koncepty dominantního postavení..... | 26 |
| 2.2 IDENTIFIKÁTORY DOMINANTNÍHO POSTAVENÍ PODNIKU..... | 28 |
| 2.2.1 Dominantní postavení – tržní podíl a rozložení sil na relevantním trhu..... | 29 |
| 2.2.2 Zjišťování dominantní postavení podle podmínek samotného trhu..... | 33 |
| 3. ZNEUŽITÍ DOMINANTNÍHO POSTAVENÍ V SOUTĚŽNÍM PRÁVU EU..... | 38 |
| 3.1 VÝVOJ PRÁVNÍ ÚPRAVY ZNEUŽITÍ DOMINANTNÍHO POSTAVENÍ – HISTORICKÝ EXKURS..... | 38 |
| 3.2 ZNEUŽITÍ DOMINANTNÍHO POSTAVENÍ V EVROPSKÉM (UNIJNÍM) PRÁVU..... | 42 |
| 3.2.1 Koncept „zneužití dominantního postavení“ v rámci čl. 102 SFEU..... | 44 |
| 3.2.2 Vazba mezi dominantním postavením a jeho zneužitím..... | 49 |
| 4. KONTROLA KONCENTRACÍ PODNIKŮ V SOUTĚŽNÍM PRÁVU EU..... | 51 |
| 4.1 VÝVOJ PRÁVNÍ ÚPRAVY PODNIKOVÝCH KONCENTRACÍ – HISTORICKÝ EXKURS..... | 51 |
| 4.2 ÚPRAVA KONTROLY KONCENTRACÍ PODNIKŮ V EVROPSKÉM (UNIJNÍM) PRÁVU..... | 54 |
| 4.2.1 Soutěžní politika a vliv koncentrací na soutěž..... | 54 |
| 4.2.2 Pojem „podnik“ a „kontrola“..... | 56 |
| 4.2.3 Tzv. Evropská dimenze a notifikační povinnost..... | 58 |
| 4.2.4 Relevantní trh..... | 59 |
| 4.3 FORMY KONCENTRACÍ (SPOJENÍ) PODNIKŮ..... | 60 |
| 4.4 SUBSTANTIVNÍ TEST..... | 63 |
| 5. DVOJKOLEJNOST PRÁVNÍ ÚPRAVY DOMINANTNÍHO POSTAVENÍ – VYBRANÉ PROBLÉMY..... | 68 |
| 5.1 VÝZNAM DOMINANTNÍHO POSTAVENÍ DLE ČL. 102 SFEU A DLE NAŘÍZENÍ 139/2004..... | 70 |
| 5.2 KONCEPT STRUKTURÁLNÍHO ZNEUŽITÍ DOMINANTNÍHO POSTAVENÍ – CONTINENTAL CAN..... | 72 |
| 5.2.1 Rozhodnutí ve věci Continental Can..... | 72 |
| 5.2.2 Shrnutí a závěrečné návrhy..... | 75 |
| 5.3 (DE)REGULACE A AUTOREGULACE V SOUTĚŽNÍM PRÁVU EU..... | 78 |
| 5.3.1 Metody regulace a cíle v rámci soutěžního práva..... | 81 |
| 5.3.2 Autoregulace soutěže jako ideální stav?..... | 83 |
| 5.4 POZICE KONTROLY EX ANTE V SOUTĚŽNÍM PRÁVU – SEKTOROVÁ REGULACE VS. OBECNÉ SOUTĚŽNÍ PRÁVO..... | 88 |
| 5.5 KONCEPT ZNEUŽITÍ VÝZNAMNÉ TRŽNÍ SÍLY JAKO ŘEŠENÍ NEDOSTATKŮ ČL. 102 SFEU?..... | 91 |
| 5.6 EVROPSKÁ (UNIJNÍ) DIMENZE – ČL. 102 SFEU X NAŘÍZENÍ 139/2004..... | 96 |
| ZÁVĚR..... | 99 |
| RÉSUMÉ (EN)..... | 108 |
| RÉSUMÉ (ČJ)..... | 109 |
| SEZNAM POUŽITÝCH ZKRATEK..... | 110 |
| SEZNAM LITERATURY A JINÝCH PRAMENŮ..... | 111 |

Úvod

Předkládaná práce se zabývá otázkou dvojkoľejnosti dominantního postavení v evropském soutěžním právu. Cílem integračních snah při zakládání EU bylo vytvoření vnitřního trhu, zejm. celní unie. Aby bylo možné tohoto stavu dosáhnout, bylo nezbytné přijmout řadu integračních opatření a vytvořit právní rámec, resp. podmínky, za kterých by mohla hospodářská soutěž na vnitřním trhu efektivně fungovat. V této souvislosti byla přijata řada právních předpisů s platností pro celé území EU regulujících hospodářskou soutěž. Tato práce je však zaměřena na analýzu norem evropského soutěžního práva v souvislosti s hospodářskou soutěží upravujících dominantního postavení na trhu, tj. jednak čl. 102 SFEU zakazující restriktivní praktiky podniků ve formě zneužívání dominantního postavení a dále také Nařízení 4064/89 a později Nařízení 139/2004 upravující kontrolu podnikových koncentrací. V případě obou právních úprav je zásadní otázkou „dominantní postavení“ podniku na trhu, přičemž čl. 102 SFEU představuje kontrolu *ex post*, tj. vztahuje se až případné zneužití dominantního postavení a v tomto smyslu samo dominantní postavení není problémem a dále právní úprava kontroly podnikových koncentrací, která představuje *ex ante* kontrolu „dominantního postavení“, resp. umožňuje zakázat spojení podniků, v jehož důsledku by došlo k získání nebo posílení dominantního postavení podniku na trhu nebo v jehož důsledku by nastaly takové strukturální změny na trhu, že by hrozilo podstatné omezení nebo vyloučení soutěže. Myšlenka této práce tedy vychází z toho, že evropské soutěžní právo (stejně jako většina vnitrostátních soutěžních zákonů) vytvořila *dvě koleje posuzování právě dominantního postavení* podniku na trhu, kdy zjednodušeně řečeno čl. 102 SFEU zabráňuje zneužití dominantního postavení podniku na trhu, přičemž jeho dominantní postavení je nutnou podmínkou aplikace článku, nicméně nezakázanou. Naproti tomu Nařízení 139/2004 zabráňuje tomu, aby se podnik spojením s jiným do dominantního postavení dostal nebo toto postavení posílil, tj. v případě tohoto Nařízení 139/2004 (a dříve Nařízení 4064/89) je již dominantní postavení v zásadě nežádoucí jev, jehož dosažení může být postihováno zrušením nebo neplatností spojení podniků. Soutěž jako taková je však velmi dynamický proces, ve kterém je vznik dominanty v zásadě přirozeným důsledkem konkurenčního boje nebo také důsledkem hospodářské krize. Takto přirozeně vzniknuvší dominant je z dosahu jakéhokoli postihu či uložení podmínek a závazků ze strany Komise, pokud svého postavení nedosáhl zakázanou praktikou, nicméně ani vznik dominanty právní cestou, tj. spojením podniků, není samozřejmě nic protiprávního, naopak je toto přepokládáno vnitrostátními úpravami jako možnost růstu podniku, rozvoje, inovací, vstupu na nové trhy

v rámci vnitřního prostoru, nebo na trhy mimo něj apod. Rozdíl však je zde v tom, jakým způsobem bylo dominantní postavení na trhu získáno nebo posíleno. Úprava čl. 102 SFEU respektuje smluvní svobodu, vlastnické právo podniků k jejich zdrojům a jistě není ani prostředkem omezujícím tržní svobody, zejm. volného pohybu kapitálu, tj. postihuje jednání *ex post*, které je považováno za zneužití, pokud je podnik v dominantním postavení. To se však nedá říci o úpravě podnikových koncentrací ve smyslu Nařízení 139/2004, které nejen že omezuje svobody vnitřního trhu, když neumožňuje v určitých situacích průchod investice do jiného podniku za účelem spojení s ním, ale zejm. omezuje smluvní svobodu a vlastnické právo spojovaných podniků k jejich zdrojům, kapitálu. Omezení, které představuje Nařízení 139/2004 je dle preambule tohoto nařízení vyváženo veřejným zájmem na tom, aby nedocházelo k takovým strukturálním změnám na trhu, které by v důsledku znamenaly narušení (snížení) hospodářské soutěže, zejm. tím, že podnik spojením získá nebo posílí své dominantní postavení. Je tedy zřejmé, že na otázku dominantního postavení je názíráno pokaždé jinou optikou, avšak společným cílem je, aby nedošlo k narušení účinné hospodářské soutěže – v jednom případě zneužitím dominantního postavení a v druhém tím, že se předpokládá, že nabyté postavení by bylo k tíži soutěže zneužito a vytvořily by se překážky trhu, které jsou spojené s existencí dominanta na něm. S ohledem na odlišné pojetí úpravy v zásadě stejného prvku, bude následující text této práce zaměřen na koncepční prvky každé z úprav a na konflikty, které zde v souvislosti s přijetím zejm. Nařízení 4064/89 a posléze Nařízení 139/2004 o kontrole podnikových koncentrací, vznikly.

S ohledem na předmětné téma je cílem této práce v první řadě definovat koncepty zneužití dominantního postavení ve smyslu čl. 102 SFEU kontroly podnikových koncentrací ve smyslu Nařízení 4064/89 a Nařízení 139/2004 ve světle právní úpravy, ale zejm. výkladové judikatury SDEU a Tribunálu. Vzhledem k tomu, že se jedná o právní úpravy regulující prvek v podobě *dominantního postavení*, je dále cílem této práce porovnat smysl těchto právních úprav, jejich účinky na hospodářskou soutěž, konkurenční podniky a spotřebitele a také shodné a rozdílné prvky. Kromě koncepčního vymezení předmětných institutů, se práce rovněž zabývá obecnými otázkami soutěžního práva a soutěžní politiky EU jako jsou zejm. cíle, jichž má regulace dosáhnout a v těchto souvislostech jsou předmětné právní instituty uvažovány (což je mimochodem i smyslem vymezení obecných otázek soutěžního práva v 1. kapitole této práce). Samostatná kapitola je potom věnována otázce míry reglementace v oblasti evropského soutěžního práva s ohledem na vymezení diplomového problému, tj. dvojkoľejnosti právní úpravy dominantního postavení, neboť právě úroveň regulace obecně odpovídá i úrovni omezení

podniků v rámci trhu, zejm. co do smluvní svobody, ale také co do vlastnického práva ke svým zdrojům apod. Tato práce si však nečinila ambice položit vyčerpávající výklad o otázce zneužití dominantního postavení ani o otázce kontroly podnikových koncentrací, a také tomu tak není. Jistě by zde mohla být uvažována také např. otázka bariér pro investice strategických podniků, konečně také porovnání s vnitrostátními právními úpravami členských států EU v rámci stejné materie, nicméně s ohledem na prostor, který má tato diplomová práce k dispozici to nebylo účelné. V souvislosti s rozebíraným tématem bude rovněž uvažována otázka sektorové regulace (v oblasti elektronických komunikací) jako zástupce odvětvové *ex ante* regulace chování na trhu – diskutována je zde otázka účelnosti tohoto systému právě v tomto odvětví v souvislosti s účelem *ex ante* kontroly podnikových koncentrací v rámci obecného soutěžního práva. Co je však podstatné zde říci, že obsah této práce vychází zásadně a jen z právní úpravy evropského soutěžního práva, byť by se řada srovnání s vnitrostátními úrovněmi nabízela. Je tomu tak cíleně, s ohledem na rozdílnosti, které v tomto smyslu existují, přičemž analýza tohoto typu by zřejmě slušela spíše kvalifikační práci vyššího řádu, kde je k tomu i podstatně více prostoru.

Jakkoli se při pohledu na předestřenou problematiku jeví porovnání přístupů v otázce dominantního postavení ve světle obou výše uvedených právních úprav (jako např. pozice jednotlivých právních úprav v systému unijního soutěžního práva nebo význam institutu dominantního postavení dle čl. 102 SFEU a Nařízení 139/2004) jako zcela zřejmé a není jim proto třeba věnovat příliš prostoru, mám za to, že právě tyto, pro někoho možná jednoznačné, zjištění je třeba popsat a zabývat se jimi zejm. proto, že diplomové téma a tedy i předestřený právní problém je v zásadě teoreticko-právní úvahou nad tím, zda uvedená „dvojkolejnost právní úpravy dominantního postavení“ je problémem v aplikaci práva, tj. zda sama o sobě něčemu překáží, a pokud ano, tak čemu? Hospodářské soutěži jako takové? Podnikům nebo spotřebitelům? Samotnému právu? Komisi při aplikaci práva? Členskými státy EU a jejich partikulárním zájmům? Obecně, pokud je pak nějaký jev nebo chování regulováno dvojím způsobem, byť z jiného úhlu pohledu, není to považováno za prospěšné ani právu z hlediska jeho aplikace a ani adresátům těchto norem. Ovšem nelze samozřejmě vyloučit s ohledem na povahu právních úprav, že tato „dvojí“ právní úprava žádné problémy ani při aplikaci a ani jejich adresátům, nepůsobí a naopak se v zájmu dosažení určitého společného cíle doplňuje. Podstatné je zde proto nalezení sporných momentů, které vyvstávají v důsledku existence této „dvojkolejnosti“ a na jejich základě přijmout závěr, jestli tedy tento stav právní úpravy dominantního postavení odpovídá obecným požadavkům na systém práva a jeho aplikaci, cílům soutěžního práva a principům vnitřního trhu - soutěžní politiky EU, a netvoří kolize, které by

bránily účinné hospodářské soutěži nebo efektivní aplikaci soutěžního práva na úrovni EU. V návaznosti na výše uvedené se proto v následujících odstavcích budeme zabývat obecně otázkou *pozice právní úpravy zneužití dominantního postavení kontroly podnikových koncentrací v soutěžním právu EU; významu dominantního postavení podniku při aplikaci čl. 102 SFEU a aplikaci Nařízení 4064/89 a Nařízení 139/2004; smyslu kontroly ex post a ex ante v soutěžním právu EU; míry regulace dominantního postavení v EU odpovídající potřebám vnitřního trhu.* Pro účely zodpovězení těchto otázek bude také, kromě jiného, ve stručnosti rozebrána materie sektorové regulace v souvislosti se smyslem ex ante kontroly v soutěžním právu, kterou představuje i Nařízení 139/2004, dále koncept významné tržní síly v souvislosti s možnými nedostatky čl. 102 SFEU a vyplněním možných mezer v právu. V nespolední řadě bude část této práce věnována otázce samotné obecné právní regulaci ve vztahu k hospodářské soutěži, tj. úvahám nad tím, jaká míra reglementace by měl pro účely zajištění účinné hospodářské soutěže postačovat, resp. zda může přemíra regulace naopak paralyzovat hospodářskou soutěž na vnitřním trhu s ohledem na skutečnost, že sama hospodářská soutěž je organismus, který si i přes právní regulaci je schopen v ideálním případě svojí efektivnost zajistit i sám, byť samozřejmě jeho síly mohou být i sebedestrukční. To nás v souvislosti s předmětnou „dvojí“ právní úpravou dominantního postavení dovádí k otázce, zda účinnou hospodářskou soutěž má zajišťovat samotné právo nebo zda bude účinná hospodářská soutěž zajišťována prostřednictvím jejích vlastních přirozených mechanismů a právo potom bude zasahovat až ve chvíli, kdy by docházelo v rámci přirozeného sledu věcí k destrukci hospodářské soutěže nebo jejímu vyloučení. V podstatě je zde položena otázka, zda do obecného soutěžního práva patří a účinnou hospodářskou soutěž lépe zajišťuje jako vzájemně se doplňující kontrola ex ante (v našem případě Nařízení 139/2004) a kontrola ex post (čl. 102 SFEU) nebo zda je soutěži mnohem přínosnější existence toliko ex post zásahu, který by jen držel hospodářskou soutěž ve vymezených mantinelech.

Cílem této práce je tedy dále snaha zodpovědět výše položené otázky, resp. rozvést vymezené úvahy nad rozebíraným problémem. Samozřejmě, je třeba říci, že nelze na všechny otázky odpovědět jednoznačně nebo možná vůbec, ostatně jak bude uvedeno níže, ani odborná literatura a významní právní vědci nejsou vždy v těchto otázkách jednotní, budou proto uvažovány varianty možných důsledků a účinků na hospodářskou soutěž, stejně jako na evropské soutěžní právo samotné.

S ohledem na zvolené téma, práce obsahuje v první kapitole stručný výklad o obecné teorii soutěžního práva (účinná hospodářská soutěž, podnik, prameny soutěžního práva EU, cíle soutěžního práva apod.), a to pro účely vymezení základních společných prvků rozebíraných právních úprav. Druhá kapitola je věnována výkladu o koncepcích dominantního postavení jako takového, dále o smyslu a podstatě systému postihování restriktivních praktik dle čl. 102 SFEU (kapitola 3.) a kontrole podnikových koncentrací ve smyslu Nařízení 139/2004 (kapitola č. 4). Pátá kapitola a její dílčí články jsou potom věnovány obecné otázce právní regulace se zaměřením na hospodářskou soutěž a vybraným problémům v souvislosti s „dvojkolejnou právní úpravu dominantního postavení v soutěžním právu EU“. Závěr této práce je potom věnován shrnutí tématu, řešeného problému a závěrů. Rozsah této práce odpovídá celkové náročnosti tématu – nebyla zde snaha zahrnout čtenáře zbytečnými informacemi, ovšem jak materie zneužití dominantního postavení, tak stejně také kontroly podnikových koncentrací by sama o sobě vydala na řadu disertačních prací, jsou však popsány toliko nejpodstatnější prvky těchto právních úprav.

S ohledem na teoretické zaměření této diplomové práce jsou v ní použity metody zpracování odpovídající jejímu právnímu zaměření. Z hlediska povahy práce se jedná o kvalitativní výzkum exogenního typu, neboť zde budou analyzovány právní předpisy soutěžního práva a příslušné soft law z produkce Komise. Základní metodou použitou této práci potom je *analýza*, a to analýza právních předpisů evropského soutěžního práva a dále také knižní a časopisecké literatury a zejm. potom judikatury SDEU a Tribunálu, která se vztahuje k předmětnému tématu této práce. Další z použitých metod je *deskripce*, tj. identifikované jevy jsou popsány a porovnány v časové ose (zejm. Nařízení o kontrole podnikových koncentrací – substantivní test, právní úprava USA, vývoj evropské právní úpravy). Poznatky, které vyplynou z analýzy dané materie, jsou zpracovány pomocí *syntézy*, tj. jsou složeny do příslušného celku; dále pak pomocí *indukce*, tj. jsou dovozovány závěry z jednotlivostí; a v neposlední řadě také *dedukce*.

1. Úvodní poznámky – obecné otázky soutěžního práva

Jak již bylo uvedeno výše, tato první kapitola předkládané práce je zaměřena na obecné otázky soutěžního práva, neboť s ohledem na rozebírané téma považuji za potřebné pro zajištění ucelenosti výkladu definovat frekventované pojmy podstatné z hlediska této práce a samozřejmě i z hlediska soutěžního práva jako takového. Nepochybuji, že zasvěceným odborníkům na unijní soutěžní právo a i širší odborné veřejnosti jsou tyto pojmy zcela známé, ovšem máme-li se zde zabývat tím, že v rámci soutěžního práva EU by mohla existovat právní úprava, která by byla způsobilá nejednotně upravovat určité chování subjektů na trhu, je třeba zcela jistě vymezit prostor, ve kterém je právní úprava aplikována, naznačit systém práva, do kterého příslušná právní úprava náleží, její principy a cíle dané politiky a nepochybně také popsat subjekty, kteří jsou adresáti těchto právních norem, a to zejm. za situace, kdy v zásadě tyto pojmy nejsou příslušnou právní normou definovány a k jejichž vymezení bylo třeba především judikatury SDEU a Tribunálu, jakož i odborné literatury. Následující stručný výklad má proto sloužit toliko jako zcela základní teoretický podklad.

1.1 Hospodářská soutěž

Prvním, zcela základním pojmem pro soutěžní právo obecně je „**hospodářská soutěž**.“ Přestože se jedná o pojem velmi ambivalentní, lze jej vymezit tak, že ke znakům hospodářské soutěže obecně patří jednak *existující trh* a dále *alespoň dva (soutěžitelé, podniky) subjekty*, s antagonickým chováním. Výstižně pak byl rozpracován model hospodářské soutěže O. Blackem¹, který jej vymezil takto: „*X soutěží s Y, pokud existují jednání Ax a Ay a cíle Gx a Gy tak, že X činí Ax s úmyslem dosáhnout Gx, Y činí Ay s úmyslem dosáhnout Gy, a X dosáhne Gx pouze pokud Y nedosáhne Gy.*“² Nejen odborná literatura potom pracuje s rozšířenou formou tohoto pojmu, a to s termínem „**účinná hospodářská soutěž**“. Jak již však bylo uvedeno, tento pojem není v žádném právním předpise definován. Podstatné však je, jak tento pojem chápat, neboť je pro naše rozebírané téma zcela zásadní. Tak například Bishop a Walter uvádí, že nelze dostatečně dobře chápat účinnou hospodářskou soutěž coby proces soutěžní rivality, protože toto vymezení neumožňuje určit, jaká míra rivality je zapotřebí, aby byla zachována účinná hospodářská soutěž. Uvedení autoři pak za nesprávný považují názor, který říká, že jakékoli omezení rivality mezi soutěžiteli/podniky by bylo možné považovat za protisoutěžní, avšak naopak mají za to, že některá omezení v tomto smyslu nejen, že *zvyšují efektivitu soutěže*, ale

¹ Black, O. *Conceptual Foundations of Antitrust*, Cambridge University Press, 2005, chapter 1

² Ibid., str. 10

nepřímo tím také *blahobyť spotřebitelů*.^{3,4} Jako nevhodné dále *Bishop* a *Walter* spatřují pojetí účinné hospodářské soutěže definované na základě neexistence obchodního omezení ve smyslu volního chování soutěžitelů/podniků a poukazují na skutečnost, že toto pojetí by ale vůbec neodpovídalo realitě panující na trhu, přičemž pokud se zamyslíme nad pojmem „smlouva“, tak nelze než dospět k závěru, že jejím uzavřením k omezení volního chování účastníků na trhu rovněž dochází. Vyjdeme-li však z tohoto pojetí, tak pokud bychom dovedli tuto úvahu *ad absurdum*, bylo by nezbytné zrušit všechny smlouvy, které tedy z povahy věci jejich účastníky do jisté míry omezují. Toto pojetí lze proto považovat za zcela nepřijatelné. *Bishop* a *Walter* pak uzavírají, že nezáleží na konkrétní podobě procesu hospodářské soutěže, ale výsledcích, které z toho pro spotřebitele plynou.⁵

1.2 „Podnik“ a „soutěžitel“

Další neméně důležitým a velice frekventovaným pojmem je – „**podnik/soutěžitel**.“ Hovoříme-li o pojmu „podnik“ a „soutěžitel“ v rámci soutěžního práva, jde jednoznačně o koncepci adresáta norem soutěžního práva, tj. o osobní působnost. Pokud jde o právo evropské (unijní) je tímto adresátem „podnik“. České soutěžní právo za tohoto adresáta označuje „soutěžitele.“⁶

Jak jsme si již výše uvedli, evropské (unijní) právo pak pracuje s pojmem „**podnik**“. Předně je třeba uvést, že pojem „podnik“ ve smyslu evropského (unijního) práva a význam slova „podnik“ dle dikce ust. § 5 ObchZ nelze ztotožňovat, neboť „podnik“ dle českého práva (ust. § 5 ObchZ⁷), jako předmět právních vztahů, se vyznačuje docela jiným obsahem. V české legislativě se tento pojem na jiném místě již nenachází. Pojem „podnik“ je využíván v rámci evropského (unijního) práva ve spojení s čl. 101 a 102 SFEU (dříve čl. 81 a 82 a násl. SES) a také ve vztahu k právní úpravě veřejných podpor poskytovanými členskými státy ve smyslu čl. 107 SFEU (dříve

³ Bishop, S., Walker, M. The Economics of EC Competition Law: Concepts, Applications and Measurement, Sweet & Maxwell, London 2002, str. 12 - 16

⁴ k uvedeným pojmům blíže - viz. čl. 1.6 této práce

⁵ Bishop, S., Walker, M. The Economics of EC Competition Law: Concepts, Applications and Measurement, Sweet & Maxwell, London 2002, str. 16

⁶ pojem „**soutěžitel**“ – vymezení lze nalézt v ust. § 2 odst. 1 ZOHS, který uvádí, že soutěžitelem se rozumí: „.....fyzické a právnické osoby, jejich sdružení, sdružení těchto sdružení a jiné formy seskupování, a to i v případě, že tato sdružení a seskupení nejsou právníckými osobami, pokud se účastní hospodářské soutěže nebo ji mohou svou činností ovlivňovat, i když nejsou podnikateli.“

⁷ k pojmu „podnik“ - ust. § 5 zák. č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku ve znění pozdějších předpisů – Podnikem se rozumí: „...soubor hmotných, jakož i osobních a nehmotných složek podnikání. K podniku náleží věci, práva a jiné majetkové hodnoty, které patří podnikateli a slouží k provozování podniku nebo vzhledem k své povaze mají tomuto účelu sloužit. Podnik je věc hromadná. Na jeho právní poměry se použijí ustanovení o věcech v právním smyslu. Tím není dotčena působnost zvláštních právních předpisů vztahujících se k nemovitým věcem, předmětům průmyslového a jiného duševního vlastnictví, motorovým vozidlům apod., pokud jsou součástí podniku.“

čl. 87 a násl. SES). Dále je možné se s tímto pojmem setkat samozřejmě v procením Nařízení 1/2003.⁸ Přestože unijní právní úprava s pojmem „podnik“ jako adresátem právní normy soutěžního práva pracuje, nijak jej však opět nevymezuje. ESD se vymezením „podniku“ zabýval, zřejmě v nejčastěji citované rozhodnutí ve věci *Höfer&Elser/Marcitron Gmb*,⁹ ve kterém uvedl, že „podnikem“ má být chápána **každá jednotka**, která vykonává **hospodářskou činnost**.¹⁰ **Právní forma** jednotky nebo **způsob financování** pak **není rozhodný**.¹¹

Zcela nerozhodné dále také je, zda entitou, resp. jednotkou uvažována fyzická nebo právnická osoba, což ostatně plyne, kromě jiného, také z rozhodnutí ESD ve věci *Hydrotherm/Compact*, podle něhož pod pojmem „podnik“ v evropském (unijním) soutěžním právu je třeba spatřovat hospodářskou jednotku i pokud se po právní stránce předmětná hospodářská jednotka sestává z několika osob, přičemž je nerozhodno, zda fyzických nebo právnických.¹² Výše uvedené také podepírá rozhodnutí Tribunálu (dříve SPS) ve věci *Shell*, ve kterém Tribunál uvedl, že „podnik“ jako pojem ukazuje na hospodářské jednotky sestávající se z jednotné organizace jak osobních, tak i hmotných a nehmotných složek, jež z dlouhodobého hlediska sleduje ekonomický cíl.¹³ Z citovaného rozhodnutí Tribunálu se podává již určitá podobnost vymezení „podniku“ jako věci hromadné ve smyslu ust. § 5 ObchZ. I. Pelikánová k této problematice uvádí s odkazem na rozhodnutí ESD ve věci *Vodafone Airtouch/Mannesmann*,¹⁴ že pojem podniku v evropském (unijním) právu byl zřejmě zdrojem inspirace pro ust. § 5 ObchZ (viz výše), nicméně současně dodává, že tato skutečnost nic nemění na tom, že z právního pohledu je pojetí „podniku“ v evropském (unijním) právu a „podniku“ v českém ObchZ odlišné.¹⁵ Konečně, *Munková* vymezuje jako znaky „podniku“ jednak *existenci hospodářské entity, resp. hospodářské jednotky* (bez ohledu na její právní formu), s *trvalým výkonem hospodářské činnosti*, přičemž je zapotřebí, aby hospodářská jednotka *sledovala hospodářský cíl*.¹⁶

V evropském (unijním) právu rovněž lze více samostatných entit (hospodářských jednotek) považovat za jediný podnik. Toto je však podmíněno existencí takového vzájemného

⁸ Nařízení Rady (ES) č. 1/2003, ze dne 16. 12. 2002, o provádění pravidel hospodářské soutěže stanovených v čl. 81 a 82 SES – dostupné z - <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=DD:08:02:32003R0001:CS:PDF>

⁹ rozhodnutí ESD ve věci *Höfer & Elser/Marcitron Gmb*, C-41/90, odst. 21

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

¹² rozhodnutí ESD ve věci *Hydrotherm/Compact*, 170/83, odst. 11

¹³ rozhodnutí Tribunálu ve věci *Shell*, T - 11/89, odst. 311

¹⁴ analýza rozhodnutí ESD ve věci *Vodafone Airtouch/Mannesmann* – dostupná z http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/ml1795_en.pdf

¹⁵ Pelikánová, I. Komentář k obchodnímu zákoníku, 3. vyd., I. díl, Praha : LINDE Praha, a.s., 2003, str. 69-70

¹⁶ Munková, J. Podnik jako adresát normy v soutěžním právu, Právní rozhledy č. 17/2004

vztahu, z jehož povahy lze usuzovat o tom, že více podniků (charakterizovaných těmito vztahy) tvoří jedinou ekonomickou jednotku.^{17,18} Pokud jde o vymezení toho, co je „**výkonem hospodářské činnosti**“ dlužno doplnit, že tento pojem není v evropském (unijním) právu vůbec legislativně definován.¹⁹ Jeho obsah je dán judikaturou, která považuje za hospodářskou činnost jakoukoli činnost, jejíž podstata je v nabízení zboží nebo služeb na určitém relevantním trhu.²⁰ Poměrně zevrubněji se pojmem hospodářské činnosti zabýval například *Odudu*. Dle jeho názoru lze činnost považovat za hospodářskou, pokud i) *spočívá v nabízení zboží nebo služeb na trhu*, ii) *je s ní spojeno hospodářské nebo finanční riziko*, a iii) *předmětná činnost má potenciál k tomu, aby generovala zisk*.²¹

1.3 Vnitřní trh EU a základní svobody

Ve smyslu čl. 26 odst. 2 SFEU (dříve čl. 14 odst. 2 SES) je třeba vnitřní trh chápat jako prostor bez vnitřních hranic, kde je zajištěn volný pohyb zboží, osob, služeb a kapitálu. Vnitřní trh je tedy území členských států, na němž se uskutečňují základní tržní svobody v rámci systému nezkreslené soutěže²² a je jedním ze stádií hospodářské integrace.²³ Jedná se v tomto smyslu o propojení ekonomik členských států do jednoho ekonomického celku, což dovoluje optimální alokaci práce a kapitálu, kdy podnikatelské subjekty působící na tomto trhu mohou přesouvat svůj kapitál a investice do pro jejich podnikatelský záměr výhodnějších míst. Běžní pracovníci také mohou různě migrovat do míst, kde je vyšší poptávka po jejich práci a kvalifikaci, tj. do míst, kde budou rovněž lépe za svou práci odměňováni. Hovoříme-li pak o plné integraci, je nepochybné, že je možná toliko za situace, kdy budou odstraněny všechny překážky pohybu hospodářských faktorů,²⁴ což nepochybně vylučuje zásahy do národních ekonomik ze strany států. Přesto však existuje řada překážek bránících volnému pohybu na vnitřním trhu, které lze členit na fyzické, právní, daňové, technické a jiné. Příkladem fyzických překážek jsou

¹⁷ Kindl, J. Kartelové a distribuční dohody, Praha : C.H. Beck, 2009, str. 72

¹⁸ Ke stejnému závěru dospěl i Tribunál ve věci *Dradenauer Stahlgesellschaft mbH*, kde konstatoval, že pokud právně se odlišující fyzické nebo právnické osoby tvoří hospodářskou jednotku, musí být považovány za jediný podnik ve smyslu pravidel hospodářské soutěže na evropské (unijní) úrovni. – viz rozhodnutí Tribunálu ve věci *Dradenauer Stahlgesellschaft mbH*, T-234/95, odst. 124

¹⁹ Dle *Kindla* definice v čl. 4 odst. 4 Šesté směrnice Rady č. 77/388/EEC o harmonizaci právních předpisů členských států týkajících se daní z obrátu nemůže sloužit pro účely výkladu uvedeného pojmu, neboť pojem podniku je pojmem primárního práva a vykládat jej pomocí definic obsažených v normách sekundárního práva je diskutabilní. – viz Kindl, J. Kartelové a distribuční dohody, Praha : C.H. Beck, 2009, str. 77

²⁰ např. rozhodnutí ESD ve věci *Komise vs. Itálie*, 118/85, odst. 7

²¹ *Odudu*, O. The Boundaries of EC Competition Law, The Scope of Article 81, Oxford University Press, 2006, str. 26-45

²² Tichý, L., Arnold, R., Zemánek, J., Král, R., Dumbrovský, T. Evropské právo, 4. vyd., Praha : C.H.Beck, 2011, str. 401 a násl.

²³ *Ibid.*, str. 401

²⁴ *Ibid.*, str. 403

nepochybně kontroly na hranicích, technických pak technické normy a administrativní kontroly, daňových jsou to rozdíly daňových režimů a konečně příkladem právních překážek jsou to dozajista různá povolená řízení pro výkon práce, poskytování služeb, pohyb kapitálu z důvodu původu těchto hospodářských faktorů. Volnému pohybu je proto třeba rozumět tak, že hospodářské faktory se používají na celém území trhu, jakoby pocházely z tuzemského prostředí.²⁵

1.4 Soutěžní právo obecně

Soutěžním právem obecně rozumíme soubor právních norem upravujících vztahy mezi soutěžiteli/podniky, kteří vystupují na trhu v rámci hospodářské soutěže.²⁶ Nicméně i soutěžní právo lze říci, že je systémem ambivalentním (ostatně jako hospodářská soutěž) zahrnujícím všeobecnou kontrolu *chování subjektů na trhu* (interně diferencovanou podle zájmu), které reguluje.²⁷ Naproti tomu je však nutné soutěžní právo také vnímat jako soubor právních norem sloužících k ochraně soukromého (individuálního) zájmu na zachování dobrých mravů v rámci hospodářské soutěže, jinými slovy jako ochranu proti nekalému-soutěžnímu chování.²⁸ Soutěžní právo je ovládáno zásadou *legální licence*, tedy principem co není zakázáno, je dovoleno, přičemž budeme-li definovat podmínky účasti v soutěžních vztazích, nutno použít negativního vymezení, tj. definovat nežádoucí jednání, které normy soutěžního práva proto zakazují. Protože je soutěžní právo *právem deliktním*,²⁹ je překročení zákazu v něm vymezeným samozřejmě sankcionováno, neboť jen těžko si představit efektivnost normy soutěžního práva bez možnosti následného postihu. Delikty mají v rámci soutěžního práva povahu jednak *správní*, ale také *civilní*, a to zejm. ve vztahu k *převažujícímu zájmu*, které je soutěžním právem chráněno a potencionálně ohroženo. Tedy, je zde jednak uvažován soukromý zájem jednotlivých podniků/soutěžitelů na poskytnutí ochrany jejich vztahů, které mají s ostatními účastníky soutěže v horizontální úrovni, pokud jeho jednání vybočuje z mezí, které mu soutěžní právo nezakazuje a je v rozporu s *dobrými mravy soutěže*, nebo je na druhé straně uvažován zájem států, ev. v případě vnitřního trhu EU zájem EU, na existenci soutěže jako takové, tj. aby soutěž nebyla jednáním jejích účastníků narušena. Zde je třeba doplnit, že tohoto stavu (omezení, vyloučení nebo zkrácení soutěže) je možné ze strany podniků/soutěžitelů dosáhnout i jejich legitimním jednáním, nicméně optikou soutěžního práva jednáním zakázaným.³⁰

²⁵ Ibid., str. 403

²⁶ Munková, J., Svoboda, P., Kindl, J. Soutěžní právo, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2006, str. 23

²⁷ Ibid., str. 24

²⁸ Ibid., str. 24

²⁹ Ibid., str. 25

³⁰ Ibid., str. 26

Soutěžní právo upravující ochranu hospodářské soutěže (soutěžní právo v užším smyslu) postaveno na **třech základních pilířích**. **Prvním pilířem** je zákaz koluzivního jednání ve formě dohod narušujících hospodářskou soutěž, tj. kartelových dohod, **druhým** pak zákaz restriktivních praktik v podobě zákazu zneužití dominantního postavení, a v nespolední řadě **třetím**, který upravuje spojování soutěžitelů (resp. kontrolu koncentrací podniků) jako preventivního nástroje ochrany hospodářské soutěže, resp. ochrany před vznikem strukturálních změn na trhu, které by mohly narušit *účinnou hospodářskou soutěž*.³¹ Prvé dva ze zmíněných pilířů představují ochranu hospodářské soutěže *ex post*, tj. je zde postihováno již nastalé narušení hospodářské soutěže nebo jeho bezprostřední hrozba. Třetí pilíř jako úprava prevence je naproti tomu tedy ochranným nástrojem soutěžního práva *ex ante*, tj. nástrojem předstižným, který má za cíl eliminovat možnost získání nebo posílení takové tržní síly, která by mohla být zneužita v neprospěch *účinné hospodářské soutěže*.

Podstatnou otázkou soutěžního práva je také, s ohledem na možné odlišné vnitrostátní soutěžní politiky a soutěžní politiku evropskou, jednání, kdy účinnou hospodářskou soutěž mohou narušit státy, orgány EU nebo veřejná moc obecně. Mám zde jednak na mysli zadávání veřejných zakázek a poskytování státních podpor, ale především *(ne)přijímání legislativy, která v důsledku může bránit v efektivní soutěži* a v případě EU může do značné míry popírat svobody vnitřního trhu (posledně popsaná problematika bude diskutována níže). Předmětem soutěžního práva pak nemůže být jakékoli jednání podniku/soutěžitele, ale jen takové jednání, dle jeho povahy lze dovodit, že je způsobilé *narušit* nebo negativně ovlivnit *účinnou hospodářskou soutěž*. Podstatné je zde potom nepochybně to, zda a jakou tržní silou podnik/soutěžitel disponuje, tj. zda disponuje schopností přijmout takovou strategii, která umožní své konkurenty z trhu vytlačit, ev. soutěž zcela vyloučit. Jednání takové povahy lze dozajista vnímat jako podstatné snížení, resp. *narušení hospodářské soutěže* a v této souvislosti i velice pravděpodobné *snížení spotřebitelského blahobytu*, jehož maximalizace je důsledek plnění cílů soutěžní politiky.³² Tržní síla vystupuje do popředí zejména, pokud jde o jednostranné (nekoordinované) praktiky podniků/soutěžitelů v tzv. *dominantním postavení* a kteří jsou schopni *chovat se na trhu do jisté míry nezávisle* a využívat svojí tržní sílu k újmě ostatních podniků/soutěžitelů a nepřímo i konečných spotřebitelů právě díky povaze tohoto dominantního postavení. Málo patrná je potom role tržní síly v případě zakázaných dohod, uvažíme-li, že soutěžní právo obecně zakazuje

³¹ Ibid., str. 27

³² Petr, M. a kol. Zakázané dohody a zneužití dominantního postavení v ČR, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2010, str. 1

veškeré formy koordinace podniků/soutěžitelů způsobilé narušit účinnou hospodářskou soutěž.³³ K této otázce přistupuje pravidlo „*de minimis*“ postavené na zásadě, že koordinované jednání podniků/soutěžitelů, kteří s ohledem na povahu trhu disponují toliko zanedbatelnou tržní silou, nejsou považována za zakázané, neboť se u těchto jednání obvykle nenaplnuje koncept narušení hospodářské soutěže, které je vyžadováno jako *podstatné*.

1.4.1 Ordoliberalismus (Freiburská škola)

Koncepčně se nachází základy hospodářské soutěže v Evropě v úvahách „*ordoliberalismu*“ coby názorového proudu tzv. *Freiburské školy*. Ordoliberalismus jako názorový proud vznikl ve 30. letech 20. století, a to zejm. v souvislosti s pádem tzv. *Výmarské republiky* a návazností na kritiku nacionálně-socialistického hospodářského systému.³⁴ Freiburská škola byla vystavěna na myšlence vzájemně podmíněného hospodářského a společenského řádu a jejími představiteli byli zejm. **L. Erhard, W. Röpke a W. Eucken**.³⁵ Tento názorový proud velmi kriticky vnímal možnost existence přirozeného řádu a harmonie jako nezvratné ekonomické zákonitost v ekonomice, do které nebylo možné zasáhnout.³⁶ Ordoliberalisté měli také za to, že ponechání úplné volnosti vývoji hospodářské soutěže by neznamenal dosažení žádoucího stavu a vytvoření hospodářského řádu, přičemž poukazovali na vysoký stupeň kartelizace zejm. německé ekonomiky.³⁷ S ohledem na to, bylo tedy vhodné vytvořit (alespoň) rámcové normy pro ekonomické jednání podniků/soutěžitelů.³⁸ Z těchto úvah se proto podával závěr, že hospodářský řád by měl být založen na volné (svobodné) hospodářské soutěži, která vede k efektivnímu rozmístování vzácných zdrojů, kdy je soutěž koordinována tržními cenami. Samozřejmě i zde bylo nutné, aby došlo, pro účely zajištění efektivní hospodářské soutěže, k vytvoření podmínek pro její zachování, tj. aby bylo možné kontrolovat soutěžně nevhodné a škodlivé spontánně na trhu vznikající monopolní struktury. Podstata této myšlenky potom spočívala v tom, že dosáhnout fungující (účinné) hospodářské soutěže lze pouze za situace, kdy žádný z podniků/soutěžitelů nebude disponovat tržní silou v takovém rozsahu, aby mohl zasahovat do svobod trhu ostatních podniků/soutěžitelů. Tento koncept byl tedy postaven jako sebeochranný nástroj chránící hospodářskou soutěž před tím, aby byla narušena

³³ Ibid., str. 2

³⁴ Gerber, D. *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford University Press, 2003, str. 232 a násl.

³⁵ Munková, J., Svoboda, P., Kindl, J. *Soutěžní právo*, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, Praha 2006, str. 21

³⁶ Ibid., str. 21

³⁷ Holman, R. a kol. *Dějiny ekonomického myšlení*, 2. vyd., Praha : C.H. Beck, 2001, str. 352

³⁸ Krabec, T. *Ordoliberalismus a sociální tržní hospodářství*, *Politická ekonomie* č. 6, str. 884

svými sebedestruktivními vlastnostmi.³⁹ Zde lze tedy spatřovat základ zákazu koluzivního jednání v podobě kartelových dohod a unilaterálního jednání v podobě zneužití dominantního postavení na trhu. Bylo však zřejmé, že monopoly nelze zlikvidovat zcela, a proto mělo soutěžní právo vytvořit standard chování podniku/soutěžitele, který je v superdominantním postavení. Tento vzorec chování byl postaven na zákazu jakéhokoli jednání v rámci soutěže (pokud nevyla zcela vyloučena), které by běžným podnikům (v nedominantním postavení) nebylo k dispozici. Jednoduše řečeno, monopolisté by jako monopolisté vůbec neměli jednat. Přesto, že lze v současnosti uvažovat o názorech ordoliberalistů jako o anachronických a do značné míry překonaných, nelze nevidět významný vliv, který tento názorový proud měl na formování evropského (unijního) soutěžního práva.⁴⁰

1.5 Soutěžní právo EU

Nyní se dostáváme již k současnému evropskému (unijnímu) soutěžnímu právu. Pojem „komunitární právo“ bude užíván již jen s ohledem na historické souvislosti analyzované materie. Z předešlého článku je zcela zřejmé, že *tzv. Freiburská škola* (viz čl. 1.4.1 této práce) a názorový proud ordoliberalistů měl na vývoj současného evropského (unijního) soutěžního práva jistě nezanedbatelný vliv, což bylo způsobeno především tím, že v 50. letech 20. století, kdy bylo soutěžní právo do SES zahrnuto, byly k dispozici německé zkušenosti, kde bylo soutěžní právo postaveno právě na již zmíněné ordoliberalistické koncepci.⁴¹ Na evropské úrovni bylo soutěžní právo vnímáno především jako nezbytný nástroj pro vytvoření *společného trhu*. Prointegračnímu pojetí „komunitárního“ soutěžního práva odpovídalo zejm. zájmové zaměření Komise, která se sledovala, jako protisoutěžní praktiky, především vertikální dohody, neboť právě tento typ zakázaného jednání mohl znamenat omezení volného obchodu mezi členskými státy Společenství. Tato skutečnost se odráží i v judikatuře ESD, a to především v rozhodnutí ve věci *Costen a Grundig*,⁴² kde došlo k dohodě o dělení trhu. Společnost Grundig se tehdy zavázala dodávat své produkty do Francie společnosti Costen, coby výhradnímu odběrateli v daném členském státě. ESD (nyní SDEU) zde pak judikoval, že cílem předmětného ujednání mezi společnostmi Grundig a Costen bylo nepochybně izolování francouzského trhu.⁴³ Komise se však naproti tomu v zásadě vůbec nevěnovala dohodám upravujícím horizontální vztahy a také otázce

³⁹ Budzinski, O. Monoculture versus diversity in competition economics, Cambridge Journal of Economics, 2008, vol. 32, No. 2, str. 306

⁴⁰ Petr, M. a kol. Zakázané dohody a zneužití dominantního postavení v ČR, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2010, str. 10

⁴¹ Budzinski, O. Monoculture versus diversity in competition economics, Cambridge Journal of Economics, 2008, vol. 32, No. 2, str. 307

⁴² rozhodnutí ESD ve věci *Costen a Grundig*, 56 a 58/64

⁴³ srov. Petr, M. a kol. Zakázané dohody a zneužití dominantního postavení v ČR, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2010, str. 12

zneužívání dominantního postavení, a to až do 70. let minulého století. Změna zájmového zaměření Komise k horizontálním dohodám je zřejmá až v 90. letech 20. stol. V této době začal růst v praxi ESD a Komise význam ekonomické analýzy; pozornost byla také věnována přínosům fungující (účinné) hospodářské soutěže, tj. zejm. na vyšší efektivitu hospodářského procesu jako takového a zcela jistě s tím souvisejícímu spotřebitelskému blahobytu, který představuje jeden z cílů soutěžního práva obecně.

Pokud jde o hmotněprávní pravidla soutěžního práva na komunitární a posléze unijní úrovni je možné konstatovat, že po dobu své existence zůstala v základu *de facto* totožná. V poslední době spíše kosmetických změn doznala úprava soutěžního práva EU v souvislosti s ratifikací tzv. *lisabonské smlouvy*. Před lisabonskou úpravou byla úprava soutěžního práva obsažena v **čl. 81 SES** (zakázané, kartelové dohody) a **čl. 82 SES** (restriktivní praktiky ve formě zneužití dominantního postavení). *Lisabonská úprava* se pak samotného obsahu těchto článků nedotkla a znamenala toliko přečíslování článků. Materie zakázaných dohod je nově předmětem **čl. 101 SFEU**, zneužití dominantní postavení potom **čl. 102 SFEU**. Přesto k jistým změnám v úvodní dekádě tohoto století po čtyřiceti letech došlo, a to v roce 2004 spolu s rozšířením EU, kdy bylo nahrazeno tehdejší procesní **Nařízení č. 17** upravující provádění čl. 85 a 86 (později čl. 81 a 82),⁴⁴ od kterého se odvíjel postup Komise a NSÚ od roku 1962, procesním **Nařízením č. 1/2003** (v současné době k provádění čl. 101 a 102 SFEU).⁴⁵ Zde je namístě znovu podtrhnout, že v tehdejších komunitárním a stejně tak i nyní v unijním soutěžním právu jsou zakázané všechny tímto právem reprobované praktiky (samozřejmě s ohledem na zákonem předvídané výjimky). Ostatně ze stejného postulátu vycházelo i nahrazené procesní Nařízení č. 17. V posledních více jak dvaceti letech svůj vývoj zaznamenal i třetí pilíř soutěžního práva, totiž kontrola koncentrací podniků, kde původní právní úprava tohoto preventivního nástroje ochrany hospodářské soutěže nežádoucím narušením struktury trhu provedená **Nařízením č. 4064/1989**⁴⁶ byla nahrazena rovněž s platností od roku 2004 **Nařízením č. 139/2004**.⁴⁷

1.6 Cíle soutěžního práva

Obecně lze říci, že cíle soutěžního práva jsou v zásadě odrazem politické volby. Je proto

⁴⁴ Nařízení Rady (EHS) č. 17 o provádění čl. 85 a 86 Smlouvy, ÚV P 13, 21. 2. 1962

⁴⁵ Petr, M. Modernizace komunitárního soutěžního práva, Praha : C.H. Beck, 2008

⁴⁶ COUNCIL REGULATION (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings – dostupné z – <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989R4064:EN:HTML>

⁴⁷ COUNCIL REGULATION (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation) – dostupné z – http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26096_en.htm

velice obtížné je hodnotit pohledem správnosti či nesprávnosti. Dochází zde totiž k prolínání jednak roviny normativity, tak i fakticity práva, tj. představy o cílech soutěžní politiky nepochybně ovlivňuje to, co je samotným právem. Co je cílem soutěžní politiky je spíše diskusního rázu, avšak odborná literatura se shoduje na tom, že cílem soutěžního práva (nerozhodno zda vnitrostátního či uniijního) musí být *ochrana samotné soutěže jako procesu*, nikoli však individuálních podniků/soutěžitelů.⁴⁸ Obdobně se k této otázce staví i americká⁴⁹ a česká⁵⁰ judikatura. Panuje shoda rovněž na názoru, že základním, a zřejmě také jediným kritériem pro posouzení, zda došlo nebo nedošlo k narušení soutěžního procesu je dozajista *spotřebitelský blahobyt*, resp. maximalizace spotřebitelského blahobytu.⁵¹ Pokud pak jde o škodu na straně podniků/soutěžitele vzniklou v důsledku narušení hospodářské soutěže, je třeba k ní jistě přihlédnout, a to tehdy, jestliže praktika, jejímž prostřednictvím byla škoda způsobena, signifikantně ovlivnila efektivitu tohoto podnik/soutěžitele. Uvážíme-li potom významnost poškozeného soutěžitele, lze usuzovat i na poškození spotřebitelů (nepřímo), avšak v delším časovém úseku.⁵² Konečně, výsledkem účinně probíhající hospodářské soutěže je *zachování jejich neefektivnějších účastníků*, tj. dochází k selekci na trhu působících podniků/soutěžitelů.⁵³ Avšak zůstává zde otázka, zda je to právě ona maximalizace spotřebitelského blahobytu, která má být do budoucna tím jediným cílem soutěžního práva obecně? Pokud bychom toto přijali, dozajista by to vedlo ke zjednodušení aplikace soutěžního práva na všech jeho úrovních, neboť v případě toliko jednoho kritéria by odpadla nutnost kompromisu při vyvažování sledovaných

⁴⁸ Madill, L. Mexis, A. Consumer at the of the EU competition policy, Competition Policy Newsletter, 2009, č. 1 – dostupné na http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2009_1_7.pdf; srov. Petr, M. a kol. Zakázané dohody a zneužití dominantního postavení v ČR, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2010, str. 30; Kindl, J. Kartelové a distribuční dohody, Praha : C.H. Beck, 2009, odst. 98

⁴⁹ Soudce Eastbrook se k této věci uvedl v rozhodnutí *Ball Memorial Hospital*, když, kromě jiného, konstatoval, že hospodářská soutěž „...je nemilosrdný proces, kde podnik snižující své náklady a zvyšující prodeje, zraňuje své rivaly, a to mnohdy i smrtelně, přičemž podnik nejvíce sázející na ceny, si zajistí největší prodeje, a tak ušetří konkurenci největší rány. Čím jsou ale tyto ušetřené rány hlubší, tím větší je potencionální prospěch spotřebitelů. Takové poškození rivalů je proto vedlejším produktem intenzivní soutěže a soutěžní právo není masť na jejich rány.“ – rozsudek federálního odvolacího soudu USA ve věci *Ball Memorial Hospital*, 784 F.2d 1325, 1338 (7th Cir. 1986)

⁵⁰ Obdobně se k této věci vyjádřil i Nejvyšší správní soud ČR ve svém rozsudku č.j.: 2 A 11/2002-OL-227, když uvedl, že účelem zákona (ZOHS) je ochrana ekonomického jevu jako je konkurence a nikoli tedy ochrana jednotlivých soutěžitelů, neboť ti jsou proti narušitelům soutěžního procesu chráněni výkonem pravomoci ÚOHS. – viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ČR, č.j.: 2 A 11/2002-OL-227, ze dne 21. 10. 2004

⁵¹ k tomu srov. Madill, L. Mexis, A. Consumer at the of the EU competition policy, Competition Policy Newsletter, 2009, č. 1 – dostupné na http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2009_1_7.pdf; srov. Petr, M. a kol. Zakázané dohody a zneužití dominantního postavení v ČR, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2010, str. 30; Kindl, J. Kartelové a distribuční dohody, Praha : C.H. Beck, 2009, odst. 98

⁵² Pera, A. Auricchio, V. Consumer Welfare, Standard of proof and the Objectives of Competition Policy, European Competition Journal, vol. 1, 2005, No. 1, str. 158

⁵³ Velice pregnančně tuto skutečnost podpořila v roce 2005 *Neelie Kroes* (komisařka Komise pro hospodářskou soutěž), která v projevu na Fordham Corporate Law Institute v New Yorku k tématu „Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82“ uvedla - „Mám ráda agresivní konkurenci vč. soutěže ze strany dominantních podniků a nezajímá mě, zda to může poškodit konkurenční podniky do té doby, dokud v konečném důsledku profitují spotřebitelé.“ – viz proslov Komisařky pro hospodářskou soutěž Neelie Kroes ze dne 23. září 2005: Fordham Corporate Law Institute, New York, „Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82“, SPEECH/05/539

cílů, pokud jich bude více. *Monti* potom ve smyslu evropského (unijního) soutěžního práva poukazuje na *tři pilíře* jeho cílů, a to ***ochrana ekonomické svobody, integrace vnitřního trhu a efektivita***.⁵⁴ Ochrana ekonomické svobody je potom dána ordoliberalní tradicí,⁵⁵ integrace vnitřního trhu je současně i obecným cílem EU a konečně efektivita je tradičním cílem soutěžního práva. Obdobně jako *Monti* vnímá cíle evropského (unijního) soutěžního práva například *Odudu*, dle kterého je však nejpodstatnějším cílem evropského soutěžního práva *maximalizace efektivit*.⁵⁶ Pokud jde integraci vnitřního trhu, je třeba doplnit, že jde především o obecný cíl EU, nadto o cíl, který v podstatné míře dosažený, neboť vnitřní trh je již vytvořen. Hovoříme zde tedy spíše o „doplňkovém“ cíli. Za nástroj k dosažení maximalizace spotřebitelského blahobytu považují integraci vnitřního trhu *Pokyny Komise o použitelnosti čl. 81 odst. 3 SES*,⁵⁷ přičemž samotná integrace vnitřního trhu byla vždy považována za nástroj k zajištění efektivního fungování vnitřního trhu EU. Jde-li o vnitrostátní soutěžní práva členských států EU vč. českého, nelze samozřejmě z povahy věci cíl v podobě integrace trhu jakkoli uvažovat pro jeho primárně přeshraniční aspekt. Uvažujeme-li nad cílem ochrany ekonomické svobody, je zde patrné dvojí možné pojetí efektivit v soutěžním právu, neboť existuje zde jistý střet s cílem v podobě spotřebitelského blahobytu, přičemž spotřebitelský blahobyt je indiferentní dle podoby, kterou na sebe bere proces hospodářské soutěže, předpokládáme-li však, že hospodářský proces vede k efektivním výsledkům. *Monti* k této otázce navrhuje, aby uvedené dva cíle byly v rámci posuzování čl. 101 odst. 3 SFEU, který současně stanoví prioritu pro ekonomickou svobodu, vyvažovány, když uvedený čl. 101 odst. 3 SFEU jednoznačně zakazuje udělit výjimku dohodě, která by soutěž na podstatné části trhu vylučovala.⁵⁸ Ordoliberalní názorový proud zde pak upřednostňuje ekonomickou svobodu a tvrdí, že samotný proces hospodářské soutěže by měl být chráněn, i v případě, že je neefektivní, neboť považují svobodu za konečný cíl, a naproti tomu efektivitu za cíl nepřímý, odvozený.⁵⁹

1.7 Relevantní trh a tržní podíl

Otázka relevantního trhu, tj. jeho vymezení, je základním předpokladem pro posuzování jakéhokoli soutěžního případu. Určení relevantního trhu má pro účely prosazování soutěžního

⁵⁴ Monti, G. Article 81 and Public Policy, Common Market Law Review, 2002, vol. 39, str. 1057 - 1099

⁵⁵ k ordoliberalní tradici – viz blíže čl. 1.4.1 této práce

⁵⁶ Odudu, O. The Boundaries of EC Competition Law, The Scope of Article 81, Oxford University Press, 2006, str. 10 - 16

⁵⁷ Pokyny k použitelnosti článku 101 Smlouvy o fungování Evropské unie na dohody o horizontální spolupráci – dostupné na - <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:011:0001:0072:CS:PDF>

⁵⁸ Monti, G. Article 81 and Public Policy, Common Market Law Review, 2002, vol. 39, str. 1064

⁵⁹ Odudu, O. The Boundaries of EC Competition Law, The Scope of Article 81, Oxford University Press, 2006, str. 16 - 17

práva, zejm. veřejného (public enforcement) za cíl systematické prokazování omezení, se kterými jsou podniky konfrontovány v rámci hospodářské soutěže. K identifikaci konkurentů dotčených podniků je pak podstatné tento trh vymezit z hlediska produktů, které se na něm nacházejí, stejně jako z hlediska jeho zeměpisný rozměrů. Tato informace pak slouží podnikům k identifikaci dalších účastníků stejného trhu, a to za účelem intenzivní soutěže, tj. zabránění podnikům s větší tržní silou chovat se nezávisle na konkurenčním tlaku.⁶⁰ Vymezení relevantního trhu tedy stanovuje rámec, ve kterém je Komise a NSÚ aplikováno soutěžní právo a politika hospodářské soutěže. Právě vymezení relevantního trhu pak umožňuje vypočtení *podílu na trhu*, což poskytuje, kromě jiného, informaci o *tržní síle* toho kterého subjektu zejm. pro účely posouzení otázky dominantního postavení na daném trhu nebo dopadů spojení podniků na hospodářskou soutěž (samozřejmě také pro aplikaci čl. 101 SFEU).⁶¹ Určení *stupně tržní síly* je potom hlavním smyslem a cílem definování relevantního trhu. Tato skutečnost odpovídá současnému více ekonomickému přístupu Komise k prosazování soutěžního práva, který je založen na názoru, že předběžný filtr pro identifikaci soutěžních problémů nabízí právě tržní síla.⁶² Tržní síla pak bývá v odborné literatuře definována jako schopnost podniku omezit produkci a zvýšit ceny na významnou dobu nad konkurenční úroveň tak, aby podnik mohl profitovat z monopolistických zisků.⁶³ Vliv na tržní sílu, resp. pozici na daném relevantním trhu má pak tržní podíl podniku a také podmínky samotného trhu.⁶⁴ Na druhé straně se ale Komise domnívá, že nízké podíly na trhu obvykle značí neexistenci významné tržní síly.⁶⁵ *Tržním podílem* je pak hodnotové vyjádření objemu dodávek na nákupu na trhu v případě posuzovaného podniku za určité období. Aby tedy bylo možné zjistit velikost tohoto podílu, je třeba nejprve vymezit relevantní výrobní a relevantní zeměpisný trh v určitém časovém období.^{66,67} K otázce zjišťování tržních

⁶⁰ 27. výroční zpráva Komise o politice hospodářské soutěže, 1997, dostupná z - http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/index.html

⁶¹ Sdělení Komise o definici relevantního trhu pro účely práva hospodářské soutěže Společenství, ÚV C 372, 9. 12. 2005, odst. 2

⁶² Monti, G. Competition Law, Cambridge University Press, 2007, str. 124

⁶³ Jones, A., Sufrin, B. EC Competition Law, Third edition, Oxford University Press, 2008, str. 58

⁶⁴ V Pokynech pro posuzování horizontálního spojení pak Komise uvádí, že „...posílením tržní síly podniků se rozumí schopnost jednoho nebo více podniků zvyšovat ceny za účelem dosažení vyššího zisku, snižovat výrobu, zužovat výběr nebo zhoršovat jakost zboží a služeb, omezovat inovace nebo jiným způsobem ovlivňovat parametry hospodářské soutěže. Čím větší je podíl na trhu, tím pravděpodobněji podnik získá tržní sílu. Některé podniky mají větší vliv na proces hospodářské soutěže než by naznačovaly jejich podíly na trhu nebo podobná měřítka. Podnik může být například nedávným novým subjektem na trhu, od něhož se očekává, že v budoucnu vyvine významný konkurenční tlak na ostatní podniky na trhu. Podobně podnik s relativně malým podílem na trhu může být přesto významnou konkurenční silou, pokud slibuje výrobky ve vývoji.“ Pokyny pro posuzování horizontálních spojení podle nařízení Rady o kontrole spojování podniků (2004/C 31/03), odst. 27, 37, 38 – dostupné z - http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26107_cs.htm

⁶⁵ Ibid., odst. 14

⁶⁶ srov. Petr, M. a kol. Zakázané dohody a zneužití dominantního postavení v ČR, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2010, str. 118

podílů Komise ve svém *Sdělení o definici relevantního trhu* uvádí, že údaje o objemu a hodnotě prodeje jsou sice podkladem pro výpočet podílů na trhu, existují však i jiné údaje, které mohou poskytnout užitečné informace, pokud jde o určité výrobky na průmysl, například kapacitu, počet účastníků nabídky na trhu, jednotky parku letadel ve vzdušném prostoru, nebo rezervy v odvětvích, jako je např. hornictví. V praxi je obvykle možné zjistit celkovou velikost trhu a podíly na trhu z tržních zdrojů, tj. odhadů společností, studií objednaných od průmyslových poradců a/nebo obchodních sdružení. Není-li to možné, nebo nejsou-li dostupné odhady spolehlivé, požádá Komise obvykle jednotlivé dodavatele na relevantním trhu o informace o jejich vlastních prodejkách pro výpočet celkové velikosti trhu a podílů na trhu.⁶⁸ Podstatná pro určení tržní síly podniku je také otázka *bariér vstupu na trh*, tj. zda je podnik schopen své postavení na trhu udržet. Tržní bariéry jsou specifickými vlastnostmi trhu poskytující stávajícím podnikům výhody oproti podnikům, které by chtěly na trh vstoupit. Komise pak v *Pokynech pro posuzování horizontálních spojení* upřesnila formy překážek vstupu na trh.⁶⁹ Komise se v dalším zaměřuje na zjištění, zda může dojít k takovému vstupu podniku na trh, který by byl protiváhou snížení produkce a zvýšení cen, tj. zkoumá, zda by byl vstup natolik rychlý a trvalý, že by odradil od využívání tržní síly nebo od jejího využívání odradil.⁷⁰ Hlavním cílem vymezení trhu (*výrobkového*⁷¹ i *zeměpisného*⁷²), je tedy systematické zjišťování existence a síly tlaku ze strany

⁶⁷ Tribunál k tomuto ve svém rozhodnutí *Atlantic Container Line* uvedl, že uznává význam délky trvání významného tržního podílu před konstatováním existence dominantního postavení. *Petr M.* k citovanému rozhodnutí však konstatuje, že Tribunál zde ale nespecifikoval požadovanou dobu a s odkazem na právní literaturu uvádí, že doba pěti let by měla být dostatečná s tím, že doba tří let na dynamicky se rozvíjejících trzích by mohla být považována za příliš krátkou na to, aby bylo možné dovodit z vysokého tržního podílu, že v tomto případě existuje dominantní postavení. – viz rozhodnutí Tribunálu ve věci *Atlantic Container Line*, T-191 a 212 až 214/98, odst. 894

⁶⁸ *Sdělení Komise o definici relevantního trhu pro účely práva hospodářské soutěže Společenství*, ÚV C 372, 9. 12. 2005, odst. 53 - 55

⁶⁹ Odst. 71 *Pokynů* - „a) právní výhody zahrnující situace, v nichž regulativní překážky omezují počet účastníků trhu, například omezením počtu licencí. Zahrnují rovněž celní a necelní obchodní překážky; b) zavedené podniky mohou též využívat technických výhod, jako je přednostní přístup k nezbytným zařízením, přírodním zdrojům, inovaci a výzkumu a vývoji nebo právu duševního vlastnictví, což jakémukoli podniku ztěžuje úspěšné soutěžení. Například v některých průmyslových odvětvích by mohlo být obtížné získat základní vstupní materiály nebo jsou výrobky či postupy chráněny patenty. Jiné faktory, jako jsou úspory z rozsahu nebo působnosti, distribuční a prodejní sítě, jakož i přístup k důležitým technologiím, mohou vytvářet překážky vstupu; c) kromě toho mohou překážky vstupu existovat kvůli zavedenému postavení podniků působících na trhu. Obtížný může být zejména vstup do konkrétního průmyslového odvětví, protože je nutné účinně soupeřit se zkušenostmi nebo pověstí, přičemž obojí může zájemce o vstup získat s obtížemi. V této souvislosti se berou v úvahu takové faktory jako loajalita spotřebitelů ke konkrétní značce, těsnost vztahů mezi dodavateli a zákazníky, význam propagace či reklamy nebo jiné výhody spojené s pověstí. Překážky vstupu zahrnují též situace, v nichž se zavedené podniky již zavázaly k vybudování velké nadbytečné kapacity nebo v nichž mohou bránit vstupu náklady, jimž jsou vystaveni zákazníci při přechodu k novým dodavatelům.“ - *Pokyny pro posuzování horizontálních spojování* podle nařízení Rady o kontrole spojování podniků (2004/C 31/03), odst. 71 – dostupné z - http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26107_cs.htm

⁷⁰ srov. Monti, G. *Competition Law*, Cambridge University Press, 2007, str. 146; také *Petr, M. a kol. Zakázané dohody a zneužití dominantního postavení v ČR*, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2010, str. 120

⁷¹ **Relevantní výrobový trh** zahrnuje všechny výrobky a/nebo služby, které jsou spotřebitelem s ohledem na jejich vlastnosti, ceny a zamýšlené použití považovány za zaměnitelné nebo zastupitelné.

konkurence, jemuž jsou podniky na daném trhu vystaveny. Díky tomuto vymezení lze zjistit, zda existuje na daném trhu dominantní postavení a je-li zneužíváno, v případě kontroly koncentrace podniků lze „předvídat“ dopad na relevantní trh spojením podniků a konečně v případě koluzivního jednání v podobě zakázaných dohod, lze zjistit, zda jde o vztah horizontální či vertikální.⁷³ Odborná literatura pak pracuje s pojmem **relevantní časový trh**⁷⁴ – neboť je třeba relevantní trh vnímat jako celek, a totiž relevantní výrobní trh ve spojení s relevantním zeměpisným trhem v čase. Tak je třeba věc vnímat zejm. proto, že v případě spojování soutěžitelů (koncentrací podniků) se zaměřujeme na vývoj tržních podílů v budoucnosti, naproti tomu v případě zakázaných dohod a zneužití dominantního postavení zkoumané tržní podíly, které držely podniky v době uskutečnění toho kterého zakázaného jednání.⁷⁵

⁷² **Relevantní zeměpisný trh**⁷² zahrnuje oblast, ve které se dotyčné podniky účastní dodávky a poptávky výrobků nebo služeb, kde jsou podmínky hospodářské soutěže dostatečně stejnorodé a která může být odlišena od sousedních zeměpisných oblastí, protože zejména podmínky hospodářské soutěže jsou v těchto oblastech zjevně odlišné.

⁷³ K otázce vymezení relevantního trhu se vyjádřil i Krajský soud v Brně ve věci *ČSAD Liberec*, kde konstatoval, že „relevantním trhem se rozumím prostorový a časový souběh nabídky a poptávky po takovém zboží ve formě výrobků nebo služeb, které je z hlediska uspokojování určitých potřeb uživatelů těchto výrobků nebo služeb shodné nebo vzájemně zastupitelné. Vymezuje-li se relevantní trh, pak se zkoumá, čím a kde jsou potřeby spotřebitelů uspokojovány.“ - rozsudek Krajského soudu v Brně ve věci *ČSAD Liberec*, č.j. 62 Ca 27/2006-171 – dostupné z - http://www.compet.cz/fileadmin/user_upload/sbirky_rozhodnuti/rozsudky/62Ca_27_2006_171.pdf

⁷⁴ např. Petr, M. a kol. *Zakázané dohody a zneužití dominantního postavení v ČR*, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2010, str. 124

⁷⁵ Nejvyšší správní soud se k této věci vyjádřil v rozhodnutí *T-Mobile*, kde uvedl, že „vlastní časová definice relevantního trhu bývá jistým úskalím. Trhy mohou být od sebe časově odděleny tím, že se stejný druh zboží prodává v různou dobu nebo se časem mění poměry na trhu. Rozhodující jsou pak změny, jež vedou ke změně soutěžní situace na trhu. Proto je třeba zjišťovat, jak rychle mohou podnikatelé daný trh opustit, ale co je důležitější - na něj vstoupit. Prodávající a kupující, výrobky a služby náleží ke stejnému relevantnímu trhu tehdy, když existuje reálná možnost, aby se věcně relevantní produkce či služby směňovaly mezi nabízejícími a kupujícími ve stejném časovém období. Pokud se pro určité časové období zásadně změnil poměry na vymezeném věcně relevantním trhu, je třeba tento trh vymezit i z hlediska časového, např. v období po uvedení nového výrobku na trh se na příslušném relevantním trhu nebo věcném trhu mohou změnit podíly, a to jen za určité časové období.“ - rozsudek Nejvyššího správního soudu ČR ve věci *T-Mobile*, č.j. 2 A 13/2002-OL-424 – dostupné z - http://www.nssoud.cz/files/SOUDNI_VYKON/2002/0013_2A__0200424A_prevedeno.pdf

2. Dominantní postavení podniku na trhu

Než se začneme zabývat evropskou právní úpravou „dominantního postavení“ je třeba předně tento pojem vymezit jako takový. Jak ostatně již z předešlého textu vyplývá, pojmová otázka „dominantního postavení“ je klíčovou pro posuzování restriktivních praktik ve smyslu čl. 102 SFEU (zneužití dominantního postavení) a dílem též v případě kontroly koncentrací podniků ve smyslu Nařízení 138/2004 (jak bude níže rozebráno). Vzhledem k rozebíranému tématu, by tato kapitola měla odpovědět na to, co je „dominantním postavením“ podniku, jak jej identifikovat a jaké důsledky může mít existence dominanta na trhu.

V první řadě, budeme-li o soutěži uvažovat jako o sice regulovaném, ale přece jen volně se rozvíjejícím „organismu“, v němž je existence podniků podmíněna jejich výkonností, vstupem potenciální konkurence a vlastním střetem s ní, je zřejmé, že při respektování smluvní svobody může dříve či později dojít k tomu, že jeden z podniků bude ve výhodnější pozici a ostatní nikoli. V tomto smyslu již od počátku regulace soutěže vyvstává otázka, zda a ev. jakým způsobem veřejnoprávními nástroji zasáhnout proti účastníkovi soutěže, který se díky své tržní síle (*market power*) chová nezávisle na svých konkurentech a využívá svého postavení k „deformaci“ trhu, na němž působí ve svůj prospěch. Terminologií dnešního soutěžního práva bychom řekli, že se jedná o podnik v tzv. „dominantním postavení.“ Ovšem je třeba vzít v úvahu důvody, které takový podnik do tohoto postavení dovedly, totiž do dominantního postavení se může dostat podnik díky své výkonnosti a kvalitě produktů (což jistě nelze podniku vyčítat) a nebo díky strukturální absenci trhu (což podniku lze vyčítat pouze tehdy, došlo-li k této situaci jen jeho protisoutěžním jednáním s úmyslem omezit nebo vyloučit soutěž). Z uvedeného se tedy nabízí jakási dvojznačnost otázky dominantního postavení, resp. v jednom případě je dominance vnímána jako důsledek výjimečné výkonnosti, kterou dokládá vysoký tržní podíl a soutěžní výhody a na druhé straně je to tržní síla, která je k dominanci vztahována.⁷⁶ Soutěž jako taková je tedy velmi dynamický proces, ve kterém je vznik dominanty v zásadě přirozeným výsledkem konkurenčního boje nebo také hospodářské krize. Obecně ale je třeba říci, že dominantní postavení nelze *a priori* považovat za soutěž deformující, neboť tato úvaha by na jedné straně bránila přirozenému růstu podniků a na straně druhé by nedůvodně zvýhodňovala malé a střední podniky a tím i diskriminovala úspěšného účastníka trhu, což by dozajista vedlo též ke

⁷⁶ Dethmers, F., Dodoo, N. The Abuse of Hoffmann-La Roche: The meaning of Dominance under EC Competition Law, *European Competition Law Review*, 2006, č. 10, str. 537

znevýhodnění spotřebitele,⁷⁷ jehož maximální blahobyt by měl být výsledkem realizace cíle soutěžního práva, totiž zachování *účinné hospodářské soutěže* (resp. zachování soutěže jako procesu). Z uvedeného vyplývá, že soutěžní právo by mělo sankcionovat účastníka trhu v dominantním postavení až ve chvíli, kdy tohoto svého postavení zneužije, přičemž však je ale problematické toto jednoznačně konstatovat, pokud bychom měli odlišit od úmyslného zakázaného jednání na jedné straně a konkurenční obranou (která je přirozenou reakcí na chování konkurentů v rámci trhu) na straně druhé.

2.1 Dominantní postavení a evropské (unijní) právo

Předně, definice „dominantního postavení“ v soutěžním právu EU není nijak legislativně upravena. K definování tohoto pojmu bylo proto opět zapotřebí výkladové judikatury. Předchůdcem tohoto pojmu byl koncept „*dominujícího postavení*“, který byl předmětem čl. 66 SESUO.⁷⁸ Nerozvinutost tohoto konceptu dala prostor tehdejším komunitárním soudům k jeho výkladu. Jako první se takového výkladu dopustil a pojem dominantní postavení definoval ESD (SDEU) ve svém rozhodnutí ve věci *United Brands*,⁷⁹ které lze v tomto ohledu považovat za mezník mezi rozhodnutími týkajícími se konceptu dominantního postavení. ESD v předmětném rozhodnutí pak konstatoval, že za „*dominantní postavení je považována taková pozice hospodářské síly, která podniku umožňuje zabraňovat zachování účinné hospodářské soutěže na relevantním trhu tím, že mu dává sílu chovat se do značné míry nezávisle na svých konkurentech, zákaznících a konečně i na spotřebitelích.*“⁸⁰ Podstatná je zde tedy síla, kterou má podnik k dispozici a kterou strategicky vládne, když je to právě ona, dokáže bránit efektivní hospodářské soutěži tím, že dává podniku prostor chovat se na trhu do značné míry nezávisle na svých konkurentech, zákaznících a spotřebitelích. ESD v rozhodnutí *United Brands* dále konstatoval, že pro účely zjištění, zda je podnik v dominantním postavení, není vyžadováno, aby došlo k veškeré eliminaci příležitostí na trhu.⁸¹ Tuto skutečnost potom ESD dále potvrdil v rozhodnutí *Hoffmann-La Roche*, kde upřesnil, že dominantní postavení podniku jako takové nevylučuje existenci určité

⁷⁷ srov. také Petr, M. a kol. Zakázané dohody a zneužití dominantního postavení v ČR, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2010, str. 237

⁷⁸ Dominující postavení, jež chrání veřejné či soukromé podniky před účinnou soutěží na podstatné části spoleného trhu.

⁷⁹ Případ *United Brands* – jednalo se o společnost obchodující s ovocem. Tato společnost zaujímala 40 – 45 % podíl na relevantních trzích čtyř členských států, ve velkém investovala do plantáží, distribučních sítí a kontroly nad procesem zrání ovoce. Tyto skutečnosti uváděly její konkurenty do nevýhody a společnost *United Brands* tedy disponovala dominantním postavením, neboť její tržní podíl byl pochopitelně vyšší než podíly ostatních konkurentů, což jí umožňovalo chovat se na trhu strategicky nezávislým způsobem - rozhodnutí ESD ve věci *United Brands*, 27/76

⁸⁰ rozhodnutí ESD ve věci *United Brands*, 27/76, odst. 65

⁸¹ *Ibid.*, odst. 113

(zbytkové) soutěže na trhu,⁸² avšak na druhou stranu umožňuje podniku mít značný vliv na vytváření podmínek, za kterých se soutěž na daném trhu rozvíjí a tedy do značné míry nebrat na soutěž ohled.⁸³ Tribunál v rozhodnutí ve věci *France Télécom* pak nadto doplnil tuto koncepci tak, že Komise nemusí prokazovat, že soutěžitelé podniku budou z trhu vyloučeni, a to i do budoucna, aby prokázala existenci dominantního postavení.⁸⁴

Definice dominantního postavení tedy poskytuje tři prvky, a to:

1. výrazná ekonomická (obchodní) síla podniku na trhu,
2. možnost podniku chovat se do značné míry nezávisle na svých konkurencích, zákaznících i spotřebitelích
3. kdy 1. + 2. mu umožňuje bránit zachování účinné hospodářské soutěži.

Pokud potom hovoříme o „nezávislosti“ dominanta na svých konkurencích, zákaznících a spotřebitelích, je třeba též poukázat na určitou jeho nezávislost rovněž na působení tržního mechanismu, který je předpokladem existence účinné hospodářské soutěže. Pozice podniku v dominantním postavení se tedy projevuje jako jeho tržní síla, která je proto klíčovou pro zjištění dominantního postavení podniku na trhu.

2.1.1 Koncepty dominantního postavení

Odborná literatura⁸⁵ rozeznává čtyři různé koncepty dominantního postavení, a to:

- 1) **ekonomický koncept** – tento koncept staví na roveň dominanci a významnou tržní sílu, která pak představuje sílu zvýšit ceny a omezit výstupy (*substantial market power*),
- 2) **koncept obchodní síly** – tento koncept uvažuje vztah mezi dominancí a obchodní silou (*commercial power*),
- 3) **koncept síly eliminace konkurence** – tento koncept spatřuje dominanci ve schopnosti vyloučit konkurenty s cílem zvýšit ceny a omezit výstupy, a konečně

⁸² rozhodnutí ESD ve věci *Hoffmann-La Roche*, C-85/76

⁸³ Ibid., odst. 39

⁸⁴ rozhodnutí Tribunálu ve věci *France Télécom*, T-340/03, odst. 99

⁸⁵ koncepty dominantního postavení převzaty z - Petr, M. a kol. Zakázané dohody a zneužití dominantního postavení v ČR, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2010, srov. také Monti, G. The Concept of Dominance in Article 82, European Competition Journal, 2006, str. 31

4) **koncept určení aplikovatelnosti čl. 102 SFEU** – podle tohoto konceptu je dominance toliko jurisdikční záležitostí určení, zda bude aplikován čl. 102 SFEU.^{86,87}

Tehdejší komunitární právo, resp. tehdejší praxe považovala za dominanci kombinaci ekonomického konceptu a konceptu obchodní síly. Ekonomický koncept staví do popředí především otázku ochrany spotřebitele, tj. sílu nebo schopnost spotřebitele svým jednáním na trhu poškodit. *Monti* pak v tomto smyslu doplňuje, že významná tržní síla především znamená, že dominant má možnost a je připraven zužítkovat svojí tržní sílu dokonce i před tím, než tuto sílu využije k eliminaci konkurence v rámci svého trhu.⁸⁸ Významné je v otázce významné tržní síly rozhodnutí ESD ve věci *Hoffmann-La Roche*, kde se definice dominance odlišuje od pouhého postavení na roveň významné tržní síle a ESD v tomto smyslu dodává, že podstatná je zde také síla obchodní a schopnost podniku tuto obchodní sílu využít při konfrontaci se soutěží.⁸⁹ Odborná literatura pak také pracuje s konceptem dominance v podobě *ability to contain competition*, tj. schopnosti potlačit soutěž.⁹⁰ Vrátime-li se k rozhodnutí ESD ve věci *United Brands*, ze kterého vyplývá, že dominantní je podnik, který je schopen chovat se *do značné míry nezávisle na svých konkurentech, zákaznících a spotřebitelích*, je zřejmé, že ona závislost není úplná, avšak přesto, že nejde o plnou závislost, je na dominantní podnik závislý na konkurentech, zákaznících a spotřebitelích méně, než oni na něm. Jedná se tedy pojmově o závislost *významnou*. Obchodní výhody, které pak má dominant k dispozici mu pomohou potlačit konkurenci, a naproti tomu konkurence toto opětovat nikterak nemůže, neboť se jim oněch obchodních výhod poněkud nedostává. Ve vztahu se spotřebiteli dominant užívá svojí sílu prostřednictvím rabatů, pokud je jejich nevyhnutelným partnerem. Avšak definuje-li se dominantní postavení na základě existence významné tržní síly, není síla, kterou vládne na svými konkurenty a spotřebiteli, jak bylo uvedeno, podstatná. V souvislosti s rozhodnutím ESD ve věci *United Brands* a následně ve věci *Hoffmann-La Roche*, kde je popsána otázka hospodářské síly, je dovozováno, že pozice hospodářské síly je posuzována s ohledem na sílu zabránit účinné hospodářské soutěži a nikoli s ohledem na poškození spotřebitelů (viz ekonomický koncept dominance). Podstatou je tedy poškození či narušení samotného procesu hospodářské soutěže.

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ shodně Petr, M. a kol. Zakázané dohody a zneužití dominantního postavení v ČR, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2010, str. 238 a násl.

⁸⁸ Monti, G. The Concept of Dominance in Article 82, European Competition Journal, 2006, str. 33

⁸⁹ rozhodnutí ESD ve věci *Hoffmann-La Roche*, 85/76, odst. 51

⁹⁰ Monti, G. The Concept of Dominance in Article 82, European Competition Journal, 2006, str. 36; shodně také Petr, M. a kol. Zakázané dohody a zneužití dominantního postavení v ČR, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2010, str. 239

K významu dominance se také ve věci *British Airways* vyjádřila Generální advokátka J. Kokott, která uvedla, že „čl. 102 SFEU nebyl navržen k tomu, aby pouze nebo primárně chránil bezprostřední zájmy soutěžitelů či spotřebitelů, ale strukturu trhu, tudíž soutěž jako takovou (jako instituci), která již byla oslabena přítomností dominantního podniku na trhu. Tímto způsobem jsou pak nepřímo chráněni i spotřebitelé.“^{91,92}

Konečně, koncept *eliminace konkurence* (bod 3.) je postaven na tzv. post-chicagské škole. Podstatou tohoto konceptu je posouzení, zda je podnik schopen natolik strategicky jednat na trhu, že získá významnou tržní sílu. Tento koncept je aplikován především v soutěžním právu v USA. V nespolední řadě je zde koncept *jurisdikčního kritéria*. Tento poslední koncept se zdá být poměrně prostým a jednoduchým řešením, neboť zde by bylo toliko zjišťováno, zda bylo dosaženo určité hranice. Petr M. k tomuto uvádí, že ukazatelem by mohly v případě tohoto konceptu být např. tržní podíly s tím, že takový přístup by musel využívat tzv. *safe harbour* (bezpečného přístavu), v rámci kterého by se o dominanci nejednalo.⁹³

2.2 Identifikátory dominantního postavení podniku

Evropské právo, jako i v jiných případech, legislativní vymezení identifikátorů dominance neobsahuje, přestože otázka dominantního postavení je podmínkou aplikace čl. 102 SFEU a je i významným faktorem ovlivňujícím rozhodování Komise při posuzování spojení podniků dle Nařízení 139/2004. Je proto třeba zde opět vycházet z judikatury a také ze „*soft law*“ Komise, která některé pojmy v rámci svých Sdělení, Oznámení apod. vymezuje. Pokud jde o tržní podíly, máme zde na mysli např. *Sdělení Komise k definici relevantního trhu*.⁹⁴ Odborná literatura⁹⁵ potom vymezuje v zásadě tři skupiny identifikátorů dominantního postavení, a to:

⁹¹ stanovisko Generální advokátky J. Kokott ve věci *British Airways*, C-95-04, odst. 69

⁹² V této souvislosti stojí za povšimnutí, že koncept dominance, jak je předestřen v rozhodnutí *United Brands* a dále i např. v rozhodnutí Tribunálu ve věci *General Electric*, je postaven na obchodní síle, nicméně jak je zřejmé z *Pokynů Komise pro posuzování vylučovacích praktik* bude do budoucna dominance zjišťována na základě *ekonomické koncepce dominance*, což pokud bychom tento přístup aplikovali na výše uvedené případy, ani jedna ze společností za dominantní označeny nebyly. V tomto smyslu je třeba doplnit, že v rámci EU je upřednostňován koncept obchodní síly zejm. s ohledem na vliv ordoliberalního pojetí soutěžního práva, které dozajista bylo podkladem pro vytváření soutěžního práva v Evropě. – viz rozhodnutí Tribunálu ve věci *General Electric*, T-210/01

⁹³ Petr, M. a kol. *Zakázané dohody a zneužití dominantního postavení v ČR*, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2010, str. 241

⁹⁴ Sdělení Komise o definici relevantního trhu pro účely práva hospodářské soutěže Společenství, ÚV C 372, 9. 12. 2005

⁹⁵ např. Bellamy, Ch., Child, G. *European Community Law of Competition*, 6. vydání, London: Sweet & Maxwell, 2008; Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol. *Kurs obchodního práva, Obecná část, Soutěžní právo*, 5. vydání, Praha : C.H. Beck, 2007; Faull, J., Nikpay, A. *The EC Law of Competition*, Second Edition, New York : Oxford University Press, 2007

- tržní podíl podniku, tržní podíly jeho konkurentů⁹⁶ a celková struktura trhu (rozložení sil na trhu),⁹⁷
- podmínky trhu ovlivňující změny rozložení sil na něm (překážky vstupu na trh, povaha odvětví, elasticita poptávky, distribuční nároky apod.),⁹⁸
- potenciál podniků na trhu (ve smyslu jejich finanční a hospodářské síly).⁹⁹

Z výše uvedeného vyplývá, že první z ukazatelů (tržní podíly) je spojen zásadě s podnikem a jeho konkurenty, naproti tomu druhé dva uvedené jsou podmínkami samotného trhu.¹⁰⁰ Uvedené identifikátory dominance je však třeba vždy hodnotit v jejich souhrnu a souvislostech, jak ESD poznamenal v rozhodnutí *United Brands*, kde uvedl, že „...celkově, dominantní postavení může vyplývat z celé řady faktorů, z nichž žádný není rozhodující sám o sobě. Ke zjištění, zda soutěžitel zaujímá dominantní postavení na relevantním trhu je především nutné zkoumat jeho strukturu a situaci na něm, co se týče hospodářské soutěže.“¹⁰¹ Z tohoto vyplývá, že kritéria mají být zkoumána na daném trhu, který musí být nejprve zjištěn, přičemž jeho zjištěním musí analýza vždy začít, neboť lze dopředu považovat za neúspěšný pokus o zjištění dominantního postavení, kdy není předem vymezen věcně, teritoriálně a časově relevantní trh.¹⁰²

2.2.1 Dominantní postavení – tržní podíl a rozložení sil na relevantním trhu

Tržní podíly podniků na trhu jsou zřejmě první indicií toho, zda se může na daném trhu existovat dominant. Jedná se samozřejmě o pouze jeden z výše uvedených indikátorů a jeho význam byl v minulosti ESD relativizován (zejm. v souvislosti s proměnlivostí velikosti tržního

⁹⁶ „Podíly na trhu, které má dotýčný podnik vzhledem k podílům svých soutěžitelů, jsou platnými ukazateli dominantního postavení.“ - rozhodnutí Tribunálu ve věci *France Télécom*, T-340/03, odst. 109

⁹⁷ Bellamy, Ch., Child, G. *European Community Law of Competition*, 6. vydání, London: Sweet & Maxwell, 2008, str. 935 a násl.

⁹⁸ Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol. *Kurs obchodního práva, Obecná část, Soutěžní právo*, 5. vydání, Praha : C.H. Beck, 2007, str. 449; Faull, J., Nikpay, A. *The EC Law of Competition*, Second Edition, New York : Oxford University Press, 2007, str. 327

⁹⁹ Raus, D., Neruda, R. *Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a související české i komunitární předpisy*, 2. vydání, Praha : Linde Praha, 2006, str. 160

¹⁰⁰ S potenciálem podniků a jeho konkurentů je spojena také schopnost pohotové reakce na změny trhu a také zvýšení nabídky, pokud k tomu trh poskytne podniku podmínky. V rozhodnutí ESD ve věci *Hoffmann-La Roche* soud v rámci popisu významu vysokého tržního podílu zmínil takovouto reakci v podobě schopnosti menších podniků v krátké době uspokojit poptávku odběratelů, kteří se odvrátili od podniku s vysokým tržním podílem. Ibid., str. 160

¹⁰¹ rozhodnutí ESD ve věci *United Brands*, C-27/76

¹⁰² Bellamy, Ch., Child, G. *European Community Law of Competition*, 6. vydání, London: Sweet & Maxwell, 2008, str. 920; nebo také Van Bael, I., Bellis, J. F. *Competition Law of the European Community*, 4. vydání, The Hague : Kluwer Law International, 2005, str. 132

podílu podniku na trhu),¹⁰³ nicméně stále se jde o kritérium velice významné. K významu tržního podílu potom Tribunál uvedl, že „*se může (tržní podíl) na jednotlivých trzích lišit, velmi významné podíly představují samy o sobě, až na výjimečné okolnosti, důkaz existence dominantního postavení.*“¹⁰⁴ Ve stejném smyslu bylo rozhodnuto Komisí též ve věci *Tetra Pak/Alfa-Laval*.¹⁰⁵ Tribunál v zápětí doplnil, že toto platí v případě podílu na trhu 50 %. Pokud jde o zkoumání tržního podílu, je zcela nepochybné, že nelze zkoumat toliko podíl jeden izolovaně, u podniku, který by mohl být např. podezřelý z porušení čl. 102 SFEU nebo pouze podíly spojovaných podniků, je třeba zdůraznit, že zkoumána má být celá struktura relevantního trhu, tj. podíly všech jeho účastníků. Pokud by tomu tak nebylo, nedávalo by takto izolované zjištění smysl, pokud vycházíme z definice dominance podané ESD ve věci *United Brands*, kde soud jednoznačně řekl, že dominantním je takový podnik, který má možnost se na relevantním trhu „*chovat se do značné míry nezávisle na svých konkurentech, zákaznících a konečně i na spotřebitelích.*“¹⁰⁶ Tedy jedná se o vztah dominanta k dalším účastníkům trhu a je proto třeba zjišťovat i tržní podíly nejbližších konkurentů. Podstatný je potom též vývoj struktury trhu v čase, kdy zkoumání tohoto vývoje jednak poskytuje soustavné informace Komisi o trzích, na kterých je pravděpodobný výskyt dominanta, nebo k jeho vzniku dochází (a lze se na takový trh blíže zaměřit) a tento retrospektivní pohled vývoje lze samozřejmě také využít k odhadu vývoje trhu po možném spojení podniků na něm, tj. v rámci řízení o povolení spojení dle Nařízení 139/2004. Období analýzy bývá doporučováno okolo tří až pěti let,¹⁰⁷ přičemž spíše k pětiletému období se pak přiklání *Neruda a Raus*.¹⁰⁸

Jak již bylo uvedeno, legislativa na unijní úrovni nevymezuje hranice, od které by bylo možné považovat podnik za dominantní, avšak z judikatury SDEU (ESD) a Tribunálu (SPS) lze jisté neostře hranice vysledovat. Neostrost hranic daných judikaturou je pochopitelně dána individuálností posuzovaných okolností a struktury daného trhu. Nicméně jako vodítko judikatura bohatě poslouží. V tomto smyslu lze dle rozhodovací praxe rozlišovat i) vysoké tržní podíly, ii) velmi nízké tržní podíly a iii) tzv. šedou zónu. V případě vysokých tržních podílů lze odkázat na rozhodovací praxi Komise, která ve věci *Tetra Pak/Alfa Laval* konstatovala, že „*velmi*

¹⁰³ např. rozhodnutí Tribunálu ve věci *France Télécom*, T-340/03, odst. 104, 107 – soud zde uvedl, že „*snížení dosud velmi významných podílů na trhu nemůže být samo o sobě důkazem neexistence dominantního postavení. ... (...)*“

¹⁰⁴ Ibid., odst. 100

¹⁰⁵ Zde bylo konstatováno, že „*Velmi vysoké tržní podíly jsou samy o sobě, až na zcela výjimečné okolnosti, důkazem existence dominantního postavení.*“ – rozhodnutí Komise ve věci *Tetra Pak/Alfa Laval*, 1991, OJ L 290/35

¹⁰⁶ rozhodnutí ESD ve věci *United Brands*, 27/76, odst. 65

¹⁰⁷ Bellamy, Ch., Child, G. *European Community Law of Competition*, 6. vydání, London: Sweet & Maxwell, 2008, str. 928

¹⁰⁸ Raus, D., Neruda, R. *Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a souvisící české i komunitární předpisy*, 2. vydání, Praha : Linde Praha, 2006, str. 162

vysoké tržní podíly jsou samy o sobě, až na zcela výjimečné okolnosti, důkazem existence dominantního postavení.¹⁰⁹ Dle Rause lze o vysokém tržním podílu jako o důkazu dominance hovořit v případech, že výše podílu podniku dosahuje 75 % za tři roky.¹¹⁰ Dle rozhodnutí ESD ve věci *Hoffmann-La Roche* jsou podíly mezi 75 – 87 % po uvedenou dobu „natolik vysoké, že samy o sobě jsou důkazem dominantního postavení“ a podíly mezi 84 – 90 % po stejnou dobu jsou „natolik vysoké, že prokazují existenci dominantního postavení.“^{111,112} Ve věci *AAMS* byl zjištěn 100 % podíl tohoto podniku a v této věci Tribunál konstatoval, že podnik je *de facto* monopolem a tedy zaujímá dominantní postavení.¹¹³ Další z významných judikátů je rozhodnutí Tribunálu ve věci *Hilti*, kde soud konstatoval, že tržní podíly mezi 70 – 80 % jsou již natolik vysoké, že není třeba dalšího důkazu k tomu, aby bylo podniku prokázáno jeho dominantní postavení.^{114,115} Na druhou stranu pokud bychom potom měli posuzovat velmi nízké tržní podíly, resp. určit hranici, od které se téměř s jistotou o dominantní postavení podniku nemůže jednat, zmiňme např. rozhodnutí Komise ve věci *SABA II*, kdy byl zjištěn tržní podíl o velikosti 10 % a jako tokový by prohlášen jako dostatečný důkaz neexistence dominantního postavení na trhu.^{116,117} *Raus* a *Neruda* potom k tomu uvádějí, že tržní podíl nižší než 30 % zpravidla nenasvědčuje existenci dominantního postavení, avšak upozorňují, že tomu nemusí být bezvýjimečně.¹¹⁸ Poslední, třetí skupinou, jsou podíly mezi výše uvedenými hranicemi jisté dominance a jisté nedominance, a to tedy podíly v tzv. šedé zóně. Právě tato skupina reprezentuje situace, kdy tržní podíl jako sám o sobě nemůže postačovat k posouzení, zda podnik je nebo není v dominantním postavení. Jedná se tedy o pásmo od 30 – 70 %, kde řekněme v pásmu mezi 30 – 40 % bude nepochybně zcela namístě rozvážit celou řadu dalších okolností a indikátorů k tomu, aby bylo možné dojít k závěru, že podnik disponuje dominantním postavením a dále v pásmu mezi 50 – 70 % může již tržní podíl za určitých specifických okolností postačovat ke zjištění dominance, pokud samozřejmě ostatní zvažované indikátory dominance tuto skutečnost spolehlivě nevyvrátí.

¹⁰⁹ rozhodnutí Komise ve věci *Tetra Pak/Alfa Laval*, 1991, OJ L 290/35

¹¹⁰ Raus, D., Neruda, R. Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a souvisící české i komunitární předpisy, 2. vydání, Praha : Linde Praha, 2006, str. 162

¹¹¹ cit. z Bellamy, Ch., Child, G. European Community Law of Competition, 6. vydání, London: Sweet & Maxwell, 2008, str. 925

¹¹² rozhodnutí ESD ve věci *Hoffmann-La Roche*, 85/76, odst. 59 - 60

¹¹³ rozhodnutí Tribunálu ve věci *AAMS*, T-139/98, odst. 52

¹¹⁴ rozhodnutí Tribunálu ve věci *Hilti*, T-30/89, odst. 92

¹¹⁵ Obdobně rozhodoval a Komise ve věci *Tetra Pak II.*, kde hodnota tržního podílu byla 90 % - rozhodnutí Komise ve věci *Tetra Pak II.*, OJ 1992 L 72/1; nebo také ve věci *Hoffmann-La Roche*, kde hodnota tržního podílu činila mezi 70 – 90 % (podle druhu vitamínů) a tyto podíly byly shledány rovněž natolik vysoké, že prokazují existenci dominantního postavení podniku na trhu. – rozhodnutí ESD ve věci *Hoffmann-La Roche*, 85/76, odst. 59

¹¹⁶ rozhodnutí Komise ve věci *SABA II*, OJ 1983 L 376/41

¹¹⁷ podobně tomu tak bylo též ve věci *Metro*, kde byla zjištěna hodnota tržního podílu mezi 5 – 10 % - Bellamy, Ch., Child, G. European Community Law of Competition, 6. vydání, London: Sweet & Maxwell, 2008, str. 927

¹¹⁸ Raus, D., Neruda, R. Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a souvisící české i komunitární předpisy, 2. vydání, Praha : Linde Praha, 2006, str. 162

V návaznosti na výše uvedené je zřejmé, že ve většině případů, se bude jednat při posuzování pozice podniku o hodnoty právě v oné šedé zóně, kde ať tak či tak, podstatnou úlohu vždy sehrají ostatní indikátory dominance a nelze se bez dalšího opřít toliko o zjištěný tržní podíl. Pokud budeme uvažovat o určité potřebě právní jistoty, je třeba si položit řekněme dílčí otázku, zda zde regulace, která by určovala ostré hranice dominance, zřejmě bez ohledu na další okolnosti, nebyla zapotřebí, ovšem s ohledem na povahu věci lze polemizovat též s vhodností jakékoli právní úpravy v tomto smyslu. Jak se zejm. v soutěžním právu přesvědčujeme, nelze v zásadě nikde odhlížet od „ostatních“ okolností a vždy, a to i přes existující obecnou právní úpravu, jsou zkoumány „další“ okolnosti dané věci. Zřejmě je třeba dojít k závěru, že vymezení neostrých hranic pomocí judikatury, která slouží jako předběžné vodítko, je z pohledu soutěžního práva a účinné hospodářské soutěže mnohem citlivější, než konstruovat více či méně odpovídající systém hranic dominance. Na druhé straně je s ohledem na výše uvedená rozhodnutí dosti patrná vůle Komise i evropských soudů posuzovat podniky od určitého tržního podílu jako dominantní, lze si proto představit vytvoření *per se* pravidel, alespoň v krajních polohách, kdy by byl vykonstruován tzv. *safe harbor* v podobě 20 % a nižšího tržního podílu a na druhé straně by existovala hranice dominance např. při hodnotě tržního podílu 85 % a vyššího, kdy by byla dominance presumována. V ostatních případech by bylo přistoupeno ke komplexní analýze trhu, což by se tedy týkalo již oné „šedé zóny“ mezi krajními polohami. Jistě by tímto došlo k zpřehlednění právního stavu a bylo by dosaženo alespoň na elementární úrovni předvídatelných právních pravidel.

Pokud se potom tržní podíly soutěžitelů pohybují v oné šedé zóně, tj. existuje zde pluralita podniků a jejich tržní podíly nedosahují příliš vysokých hodnot, lze tento stav (nikoli bez dalšího) označit jako zdravé konkurenční prostředí, kde probíhá účinná hospodářská soutěž. Ovšem, jak vyplývá z rozhodovací praxe Komise a evropských soudů, hranice dominance je posuzována s ohledem na řadu dalších okolností a lze si proto představit dominantní podnik s tržním podílem nedosahujícím hranice 75 %. Zjištění dominantního postavení v případě účinné hospodářské soutěže nevyloučil ani ESD, když ve věci *United Brands* uvedl, že živý soutěžní boj nevylučuje zjištění dominantního postavení, pokud je taková soutěž omezena co do času a nepřekrývá celý relevantní trh.¹¹⁹ Konečně, ve věci *Hoffmann-La Roche* pak ESD uvedl, že „skutečnost, že podnik je donucen snížit své ceny pod tlakem cenového snížení jeho soutěžitelů, je obecně

¹¹⁹ Petr, M. a kol. Zakázané dohody a zneužití dominantního postavení v ČR, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2010, str. 245

neslučitelná s nezávislým chováním charakteristickým pro dominantní postavení.¹²⁰ Naproti tomu potom ve věci *General Electric* Tribunál naopak uvedl, že „...(…)..dokonce i existence účinné hospodářské soutěže na daném trhu nevylučuje existenci dominantního postavení na tomto trhu, přičemž uvedené postavení je především charakterizováno schopností chovat se v rámci své tržní strategie bez nutnosti přihlížet k této hospodářské soutěži a bez utrpění škody z důvodu tohoto chování. Případná existence hospodářské soutěže na trhu je sice relevantní okolností zejména pro účely posouzení existence dominantního postavení, ale není sama o sobě okolností v tomto ohledu určující.“¹²¹ Pokud jde o účinnou hospodářskou soutěž, tak se z tohoto rozhodnutí podává, že účinná hospodářská soutěž, pokud je její existence zjištěna ještě nemusí zdaleka znamenat, že se na trhu vyskytuje podnik v dominantním postavení. Vzpomeneme-li však na definici dominance, kterou podal ESD ve věci *United Brands*, zjistím, že dominantní postavení podniku je charakterizováno určitým stupněm nezávislosti zejm. právě na svých konkurentech (kromě jiného). Nelze samozřejmě tvrdit, že se v tomto smyslu jedná bez dalšího o nezávislost absolutní, nicméně významnou.¹²² Pokud potom je podnik nucen pod tlakem svých konkurentů snížit ceny vzhledem ke snížení cen jeho konkurentů, stejně jako tomu bylo i ve věci *General Electric*, je poněkud sporné i nadále posuzovat takový podnik jako dominantní, neboť takováto reakce na kroky konkurence pozici dominantanta poměrně popírá, ostatně, jak bylo uvedeno i v rozhodnutí *Hoffmann-La Roche* (viz výše). Kriticky se pak k názoru obsaženému v rozhodnutí *General Electric* staví také odborná literatura, podle které by význam „intenzivní soutěže“ (účinné hospodářské soutěže) neměl být bagatelizován, jak se stalo v tomto rozhodnutí s tím, že podniky neměly být shledány dominantními, reagují-li na soutěž vyvolanou jejich konkurenty.¹²³

2.2.2 Zjišťování dominantní postavení podle podmínek samotného trhu

V úvodu této kapitoly jsme si rozdělili indikátory dominantní postavení do tří skupin. Otázka tržních podílů byla popsána výše – v tomto článku se proto budeme zabývat podmínkami trhu, které ovlivňují změny rozložení sil na něm (překážky vstupu na trh, povaha odvětví, elasticita poptávky, distribuční nároky apod.), a také potenciálem podniků na trhu (ve smyslu jejich finanční a hospodářské síly). V tomto smyslu se jedná o analýzu týkající se především

¹²⁰ rozhodnutí ESD ve věci *Hoffmann-La Roche*, 85/76, odst. 71

¹²¹ rozhodnutí Tribunálu ve věci *General Electric*, T-210/01, bod 10 preambule; potvrzeno rozhodnutím Tribunálu ve věci *France Télécom*, T-340/03, odst. 101; Petr, M. a kol. *Zakázané dohody a zneužití dominantního postavení v ČR*, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2010, str. 247

¹²² k otázce míry závislosti podniku na jehokonkurentech – viz blíže čl 2.1.1 této práce

¹²³ Dethmers, F., Dodoo, N. *The Abuse of Hoffmann-La Roche: The meaning of Dominance under EC Competition Law*, *European Competition Law Review*, 2006, č. 10, str. 546; Petr, M. a kol. *Zakázané dohody a zneužití dominantního postavení v ČR*, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2010, str. 247

podniků s tržními podíly v oné „šedé zóně“, kdy pro zjištění dominantního postavení se bez dalších indikátorů nelze obejít – zde samotná analýza struktury trhu ke zjištění dominantního postavení nestačí. Těmito dalšími indikátory jsou tedy, jak již bylo uvedeno, překážky vstupu na trh a také překážky tržní expanze a také posouzení způsobilosti podniků ekonomicky reagovat na změny trhu, tj. otázka jejich finanční a hospodářské síly.

2.2.2.1 Hospodářská a finanční síla podniku

V případě hospodářské a finanční síly hovoříme o potenciálu podniků na trhu k ekonomické reakci na jeho změny, a to co se týče rozsahu, intenzity i vytrvalosti jeho reakce. Předně je také třeba uvést, že pojmy hospodářská a finanční síla podniku lze považovat za vzájemně provázané, neboť finanční síla může být determinována silou hospodářskou. V případě *finanční síly* hovoříme o míře vybavenosti podniku finančními aktivy, přístupu k nim a připravenosti je použít v případě potřeby – jedná se o veškeré finanční zdroje, které může mít podnik k dispozici,¹²⁴ tj. zdroje, které podnik aktuálně vlastní (peníze, cenné papíry apod.) a způsobilost je získat, resp. dostupnost cizího kapitálu, účast v holding nebo ve finanční skupině. Na způsobilost získat další finanční prostředky má do značné míry vliv právě jeho hospodářská síla.¹²⁵ *hospodářská síla* je pak vyznačována vlastnictvím nebo v možnosti přístupu k unikátním technologiím, právům z duševního vlastnictví nebo také úrovní distributorské sítě, silnějšími dodavatelskými vztahy, vertikální integrací apod.¹²⁶

Pokud jde o posouzení možné dominance podniku na trhu, bude mít největší vliv zejm. míra jeho *finanční síly*, neboť bude-li podnik v tomto ohledu výrazně silnější, lze toto identifikovat zejm. v případě *predátorských praktik*, neboť jedině podnik disponující výraznou finanční silou bude schopen likvidační podnákladovou soutěž dlouhodobě přežít.

2.2.2.2 Překážky vstupu na trh

V první řadě, co je překážkou vstupu na trh? Samozřejmě, jako je to v případě hospodářské soutěže obvyklé, o žádnou jednotně přijímanou definici se opřít nelze. Shoda neexistuje ani v případě pouhého rozřazení tohoto pojmu a i v tom, co všechno obsahuje. Podle

¹²⁴ Raus, D., Neruda, R. Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a souvisící české i komunitární předpisy, 2. vydání, Praha : Linde Praha, 2006, str. 163

¹²⁵ V případě získávání finančního kapitálu hraje velkou roli např. možnost křížového financování z více nezávislých trhů, diverzifikace rizika.

¹²⁶ Raus, D., Neruda, R. Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a souvisící české i komunitární předpisy, 2. vydání, Praha : Linde Praha, 2006, str. 163

Munkové, tento pojem nemá ani specifický obsah,¹²⁷ a označuje tento pojem jako důvody, které podnikateli ztěžují a v některých případech i znemožňují jeho aktivitu.¹²⁸ Komise spatřuje jako překážku vstupu na trh vše, co brání nebo ztěžuje podniku vstup na trh, od nákladů, které musí být vynaloženy a obtíže které musí být překonány, aby se podnik mohl soutěžit na zvolném trhu vůbec zúčastnit.¹²⁹ Podle tohoto výklad pojmu lze sem zahrnout tedy i přirozené náklady vstupu, které musel každý i stávající podnik vynaložit. Přesto je zřejmé, že vymezení, jak je popsáno výše je příliš široké, což je odbornou literaturou kritizováno.¹³⁰ Užší pojetí chápe překážky vstupu spíše jako konkurenční nevýhodu nově vstupujících oproti stávajícím podnikům, širší pojetí na druhou stranu relevanci vysokých nákladů vstupu nezavrhne, neboť uvažuje jádro problému v souvislosti se základním významem nově vstupujících podniků, přičemž tento význam je zejm. v tom, aby bylo zabráněno nebo napraveno neefektivní chování dominanta na trhu.¹³¹

Překážky vstupu na trhu spolu s tržními podíly lze potom označit za nejdůležitější indikátory dominantního postavení na trhu. Otázka překážek vstupu na trh je také velice úzce provázána s tím, zda efektivně funguje nebo nefunguje autoregulační systém tržních mechanismů. Problematická otázka v případě překážek vstupu však vyvstává v případě posouzení jejich účinku a intenzity, jak se projevují na trhu – konečně toto hledisko je poměrně příznačné i pro posuzování spojení podniků, neboť v takovém případě, musí Komise odhadovat, jaký vliv by spojení podniků mohlo mít na trh a tedy, zda díky takovému spojení nevzniknou právě obtížně překonatelné překážky trhu, které jsou spojeny a zatěžují zejm. toliko na trh nově přichozí subjekty. Z hlediska účinku a intenzity projevu na trh, lze překážky členit na i) vstup zabraňující (např. zákonný monopol); ii) vstup omezující (např. lze vstoupit jen na část trhu kvůli množstevnímu omezení); nebo iii) vstup významně ztěžující (toto se týká zejm. zvyšováním nákladů na možnost vstupu jako takovou).

Ve smyslu překážek vstupu na trhu je ekonomická náročnost tohoto vstupu nového podniku. Pohledem dominanty je to tak, že pokud náročnost vstupu vysoká, bude trh uzavřený a dominant může profitovat poměrně bez větších obtíží svého dominantního postavení. Naproti

¹²⁷ Munková, J., Svoboda, P., Kindl, J. Soutěžní právo, 2. vyd., Praha : C.H. Beck, 2012, str. 280

¹²⁸ Ibid., str. 280

¹²⁹ např. Glossary of Terms used in Competition related matters, European Communities, 2003 – dostupné z http://ec.europa.eu/comm/competition/general_info/glossary_en.html

¹³⁰ např. Turnbull, S. Barriers to Entry, Article 86 and the Abuse of Dominant Position: An Economic Critique of European Community Competition Law, European Competition Law Review, č. 96/1996

¹³¹ Monti, G. The Concept of Dominance in Article 82, European Competition Journal, 2006

tomu, pokud by tomu bylo naopak, trh dostává dominantu pod soustavný tlak, který plyne z možnosti, že na jeho trh vstoupí další podniky. Pokud budeme uvažovat o překážkách vstupu v širším smyslu, lze je rozčlenit na:

- A. **bariéry vstupu** – tyto bariéry jsou charakteristické tím, že je překonává jen ten podnik, který nově na trh vstupuje, nikoli ten stávající (jedná se zejm. o nejružnější právní omezení – zákonný monopol, množstevní kvóty a tarify, také např. dotační politika). Bariéra vstupu je postavena na jiných faktorech, než které vyplývají ze soutěžního boje – patří sem i tzv. unikátní vstupy, které již pro nový podnik nejsou k dispozici, nebo také zneužívající exklusivní kontrakty, které mohou vstup rovněž znemožňovat, pokud jsou účastníci trhu svázáni výhradními dodavatelsko-odběratelskými vztahy smluvním zafixováním.¹³² V tomto případě se jedná o skutečné překážky vstupu na trh, ze kterých těží především ev. dominant.
- B. **náklady vstupu** – tyto překážky musí překonat každý vstupující, tj. museli i ti stávající (jedná se o nákup strojů, náklady na lidské zdroje, budovy, nájmy, reklama, nákup různých aktiv). Jak z povahy věci vyplývá, tyto náklady jsou rozdílné podle odvětví, tj. jiné náklady bude mít distributor pizzy a jiné výrobce zemědělských strojů (tímto je ale mimochodem dána přirozená překážka trhu, neboť je nepochybně jednodušší vstoupit na trh distribuce pizzy, než na trh výroby zemědělských strojů z pohledu vstupních nákladů – ovšem tyto překážky jsou zcela přirozené a musel je překonat i ev. stávající dominant).¹³³

Další dělení nalezneme např. u *Rause a Nerudy*, a to na překonatelné a nepřekonatelné,¹³⁴ kdy jednoduchou úvahou lze např. zákonný monopol označit za překážku nepřekonatelnou a naopak investice do výzkumu a do know-how jako zásadně překonatelnou.

Konečně pro ucelenost stručného přehledu o překážkách vstupu na trh, doplníme ještě členění (v zásadě obdobné jako v předešlém případě – bariéry vstupu a náklady vstupu - avšak z jiného pohledu), a to dle zdroje překážek vstupu na trh. Dle uvedeného kritéria můžeme členit překážku vstupu poměrně tradičně na – i) objektivní (vyplývají z okolností samotného trhu – z chování dominanty, které zvolí), ii) právní (tradiční kvóty, tarify, ale také koncesní a jiné

¹³² blíže viz Šilhán, J. Překážky vstupu na relevantní trh, Obchodní právo, Praha : Prospektrum, 2007, č. 12, str. 2 - 15

¹³³ Ibid.

¹³⁴ Autoři, kromě uvedeného rozdělení, dále člení na ještě překonatelné se zapuštěnými náklady a bez zapuštěných nákladů – blíže viz Raus, D., Neruda, R. Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a souvisící české i komunitární předpisy, 2. vydání, Praha : Linde Praha, 2006, str. 165

administrativní mechanismy, výlučná práva k nezbytným zdrojům, duševnímu vlastnictví a zejm. také právní regulace podnikání a to i ve smyslu regulace soutěžního práva, iii) faktické (nejde o překážky právní povahy, ale spíše přírodního nebo ekonomického typu) a iv) strategické (zde jde o exklusivní vztahy s dodavateli, uměle vytvořené technické překážky, odmítnutí přístupu k nezbytným zařízením bez relevantního a ospravedlnitelného důvodu, predátorské praktiky – jde zjednodušeně řečeno o to, že dominant byl na trhu dříve, a pokud je jeho postavení dostatečně silné, může trh ovlivňovat a nově přichozí podniky zapuzovat svým jednáním a ovlivňován dalších účastníků trhu nebo vertikálních partnerů a vytvářet obtížně překonatelné překážky). Uvedené rozdělení je jedno z možných, existuje řada přístupů v tomto smyslu a např. *Bishop a Walker*¹³⁵ užívají dělení na „absolutní bariéry vstupu“ a „strategické výhody“ nebo *Utton*¹³⁶ rozlišuje překážky právní, cenové, technické a distribuční, nebo také *Raus a Neruda* tyto dělí na zákonné a ostatní.¹³⁷

Výklad o překážkách trhu samozřejmě není úplný, bylo by možné pokračovat vymezením překážek typu úspor z rozsahu, zapuštěných nákladů atd.¹³⁸, ovšem pro rozebírané téma této práce je dostačujícím výstupem obecný popis překážek, které mohou na trhu vznikat, jejich původ, tj. zda vznikají přirozeně, jsou uměle vytvářeny dominantem a jejich podoba, a to zejm. v souvislosti s otázkou regulace soutěžního práva, resp. dominance, kterou se budeme zabývat v následujících kapitolách.

¹³⁵ Bishop, S., Walker, M. *Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, London : Sweet & Maxwell, 2002, str. 64

¹³⁶ Utton, M. A. *Market Dominance and Antitrust Policy*, 2. vyd., Edward Elgar, 2003, str. 41

¹³⁷ Raus, D., Neruda, R. *Hospodářská soutěž po vstupu ČR do EU*, Brno : CP Books, 2005, str. 106

¹³⁸ k tomu blíže např. Šilhán, J. *Překážky vstupu na relevantní trh*, Obchodní právo, Praha : Prospektrum, 2007, č. 12; Munková, J., Svoboda, P., Kindl, J. *Soutěžní právo*, 2. vyd., Praha : C.H. Beck, 2012, str. 280; Turnbull, S. *Barriers to Entry, Article 86 and the Abuse of Dominant Position: An Economic Critique of European Community Competition Law*, *European Competition Law Review*, č. 96/1996

3. Zneužití dominantní postavení v soutěžním právu EU

V předešlé kapitole jsme si vymezili otázku dovozování „dominantního postavení“. Tato kapitola bude již zaměřena na onu první „kolej“ z dvojkové právní úpravy dominantního postavení, a totiž na otázku *zneužití* tohoto dominantního postavení. V tomto smyslu vycházíme z toho, že soutěžní právo obecně nepostihuje dominantní postavení *per se*, ale až jeho ev. zneužití, zároveň je ale dominantní postavení podniku obligatorním prvkem aplikace čl. 102 SFEU. Předmětem následujících odstavců nebude přílišné zkoumání otázky posuzování jednotlivých skutkových podstat zneužití dominantního postavení, ale spíše koncepční vymezení a účel této úpravy, které jako takové pro potřeby této práce postačuje, neboť práce si neklade ambice podat vyčerpávající výklad o veškeré aplikační praxi v tomto smyslu a modifikacích obecných skutkových podstat zneužití dominantního postavení, ale toliko o zařazení čl. 102 SFEU do systému soutěžního práva s ohledem na soutěžní politiku EU v této oblasti a její cíle a dále na základní prvky posuzování jednání podniků v dominantním postavení v rámci soutěže.

Nelze pochybovat o tom, že projekt uspořádání vnitřního trhu na výsost náročný na realizaci i udržení žádoucího stavu. Uvážíme-li pak soutěžní problémy, které se odehrávají na úrovni jednotlivých členských států a postrádají tedy vymezený tzv. evropský prvek, je zcela zřejmé, že o to obtížnější je řešení soutěžních problémů, které již evropský rozměr mají. Je proto zcela pochopitelné, že EU, její orgány i členské státy se snaží chránit svůj vnitřní trh před omezeními. Formování a udržení vnitřního trhu je založeno jednak na odstranění omezení obchodu v podobě vnitrostátní regulace členských států, tj. zejm. odstranění cel a kvót, čehož bylo již dosaženo a jednak na ochraně hospodářské soutěže před zakázaným jednáním podniků. Jedním z pilířů ochrany hospodářské soutěže je pak ochrana před zneužitím dominantního postavení.

3.1 Vývoj právní úpravy zneužití dominantního postavení – historický exkurs

Soutěžní právo, jak jej známe v současnosti, se vyvinulo a začínalo nabírat nám již známé právní kontury v americkém antitrustovém právu. Historický vznik antimonopolní legislativy v USA je spojen, kromě jiného, se změnou ekonomiky v letech 1810 až 1880, během níž došlo ke snížení poměru pracovních sil na farmách.¹³⁹ Od samého počátku však bylo antimonopolní zákonodárství protekcionistickým opatřením, přičemž právě mezi nejsilnější zájmové skupiny

¹³⁹ blíže viz DiLorenzo, T. The Origins of Antitrust – Rhetoric vs. Reality, Regulation magazin, Vol. 13, No. 3, Fall 1990, Cato institute, Washington D.C.

patřili farmáři kolem řeky Mississippi. Tito farmáři zakládali tzv. farmářské aliance, jimž byla slíbena politická podpora výměnou za podporu volební.¹⁴⁰ Snahou takovýchto zájmových skupin bylo legislativně porazit obchodně zdatnější soutěžitele, kteří díky kvalitě svých produktů a inovacím dosahovali větších úspěchů u spotřebitelů a kromě jiného díky úsporám z rozsahu také mohli snížit ceny svých produktů.¹⁴¹ Na základě tlaku těchto lobbistických skupin bylo postupně přijímaná antimonopolní legislativa, a to zejm. za účelem ochrany malých farmářů. Z tohoto bylo zřejmé, že cíle soutěžní politiky v tehdejší době v USA směřovali nikoli k ochraně spotřebitele a maximalizaci jeho blahobytu (prostřednictvím ochrany soutěže jako procesu), jako tomu je dnes, ale k ochraně slabších soutěžitelů, kteří nebyli schopni konkurenční tlak zvládnout a na trhu se udržet. Avšak drobných farmářů bylo podstatně více, než úspěšných společností, proti kterým farmářské aliance brojily – pro americký senát a tedy zejm. senátory bylo proto mnohem důležitější podpořit tu skupinu, která tvořila větší voličskou základnu a pojistit si další zvolení do funkce, než podporovat hospodářskou soutěž a v tomto smyslu ochraňovat spotřebitele. K dalším zájmovým skupinám potom patřily např. malé ropné rafinerie, které lobbovali pro antimonopolní zákonodárství, které by zaútočilo na společnost Standard Oil.¹⁴² Nicméně v návaznosti na tento stav byl v roce 1980 přijat tzv. Sherman Act, který položil základní stavební kameny soutěžního práva v USA. Sherman Act jako součást soutěžního práva USA je účinný dodnes. Par. 1 tohoto zákona zakazoval a stále zakazuje kartelizaci¹⁴³ a par. 2 monopolizaci. Pro účely tohoto článku nás bude zajímat toliko vývoj v případě zákazu monopolizace. Dle ust. par. 2 Sherman Act¹⁴⁴ je zakázáno získání nebo pokus o získání monopolního postavení nebo se spojit s jinou osobou, aby takového postavení dosáhla. Jak je z uvedeného zřejmé, ustanovení uvedeného zákona je velice vágní a jeho výklad byl proto velmi obtížný – dlouho se vlastně nevědělo, jaké chování je přesně zakázané. Průlom do výkladu 2. par. Sherman Act přineslo rozhodnutí Nejvyššího soudu

¹⁴⁰ blíže viz Boudreaux, D., J., DiLorenzo, T. The Protectionist Roots of Antitrust, The Review of Austrian Economics, Vol. 6, No. 3, 1993

¹⁴¹ Příkladem toho může být tzv. Chicagský hovězí trust zpracovatelů masa, který profitoval ze systému dopravy (prostřednictvím chladiřských vagonů), mohl snížit ceny při zachování stejné kvality zboží. – viz Ibid., str. 90 - 91

¹⁴² Tindall, G.B., Shi, D.E. Dějiny spojených států amerických, Praha : nakladatelství Lidové noviny, 2000, str. 420

¹⁴³ Par. 1 Sherman Act (1890) – „Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.“ – dostupné na - <http://www.stolaf.edu/people/becker/antitrust/statutes/sherman.html>

¹⁴⁴ Par. 2 Sherman Act (1890) – „Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.“ – dostupné na - <http://www.stolaf.edu/people/becker/antitrust/statutes/sherman.html>

USA ve věci *Standard Oil*,¹⁴⁵ kde bez ohledu na výsledek sporu,¹⁴⁶ soud stanovil dva prvky, dle kterých mělo být pro futuro identifikováno porušení par. 2 Sherman Act, a to: zneužívající jednání a záměr eliminovat konkurenci – posouzení existence těchto dvou prvků je nazýváno *Standard oil test*.¹⁴⁷ V současné době se judikatura i odborná literatura shodla na výkladu par. 2 Sherman Act a stanovila několik principů, na základě kterých má být nyní toto ustanovení aplikováno,¹⁴⁸ a to:

- I. nejedná se o porušení par. 2 Sherman Act, pokud soutěžitel nedisponuje dominantním postavením (monopolem) nebo není pravděpodobné, že jej svým chováním dosáhne,
- II. samotné dominantní postavení (monopol) není porušením tohoto ustanovení, zakázané je až jeho zneužití,
- III. zakázané je však získání nebo posílení dominantního postavení pomocí narušení hospodářské soutěže, které poškozuje spotřebitele,
- IV. není však porušením par. 2 Sherman Act, pokud dojde k pouhému ohrožení nebo poškození ostatních soutěžitelů, ale hospodářská soutěž jako proces zůstane neoslabena.¹⁴⁹

V Evropě se právní úprava zneužití dominantního postavení s účinností nikoli pouze vnitrostátní, se objevila poprvé v čl. 66 odst. 7 SESUO¹⁵⁰ (Pařížské smlouvy z roku 1951), kde byl vykonstruován koncept *dominujícího postavení*. Dle tohoto ustanovení bylo regulováno získání nebo posílení dominujícího postavení na trhu tak, že toto postavení nesmělo být podnikem využíváno k účelům odporujícím cílům SESUO. V případě zjištění, že některý podnik porušuje toto ustanovení, úloha Komise spočívala v tom, že doporučila vše potřebné, aby k onomu porušování nedocházelo. V krajním případě mohla Komise v případě neúspěchu

¹⁴⁵ rozhodnutí Nejvyššího soudu USA ve věci *Standard Oil Co. of New Jersey vs. United States*, 221 U.S. 1 (1911)

¹⁴⁶ blíže viz McGee, J. *Predatory Price Cutting: The Standard Oil Case*, 1 J. L. & ECON, str. 137 a násl.

¹⁴⁷ Hylton, K. N. *Antitrust Law - Economic Theory & Common Law Evolution*, Cambridge University Press, 2003, str. 186

¹⁴⁸ Ve výčtu jsou vynechány principy představující pouze upozornění na to, že může mnohdy existovat velmi neostrá hranice mezi neškodným chováním v rámci soutěže a vylučující praktikou; dále výzva soutěžnímu orgánu k obezřetnosti při posuzování chování soutěžitelů a konečně upozornění, že základním ukazatelem pro hodnocení dané situace budou náklady podniku. – viz US Department of Justice: *SINGLE-FIRM CONDUCT AND SECTION 2 OF THE SHERMAN ACT: AN OVERVIEW* – dostupné na - http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681_chapter1.htm#ci

¹⁴⁹ Ibid.

¹⁵⁰ „Jestliže Komise uzná, že veřejné nebo soukromé podniky, které právně nebo fakticky mají nebo získávají na trhu některého výrobku podléhajícího její pravomoci dominující postavení, jež je chrání před účinnou soutěží na podstatné části společného trhu, využívají tohoto postavení k účelům odporujícím cílům této smlouvy, doporučí jim vše potřebné, aby se zabránilo, že tohoto postavení nebude k takovým účelům využíváno. Nebudou-li tato doporučení v přiměřené lhůtě uspokojivě provedena, stanoví Komise rozhodnutím přijatým po slyšení příslušné vlády a pod sankcemi podle článků 58, 59 a 64 prodejní ceny a podmínky, jež má příslušný podnik uplatňovat, programy výroby nebo programy dodávek, jež má provádět.“

doporučení (po slyšení příslušné vlády) stanovit prodejní ceny a podmínky, které příslušný podnik uplatňovat. Tj. koncept postihu zneužití dominantního postavení byl co do postupu přímo proti soutěži porušujícímu podniku poněkud bezzubý, oproti stávající právní úpravě čl. 102 SFEU, jak bude rozvedeno níže. K otázce dominantního postavení je dále třeba zmínit čl. 60 odst. 1 SESUO, který jako „nekalosoutěžní“ jednání označil „...zejména pouze dočasné nebo pouze místní snižování cen, zaměřené k získání monopolního postavení uvnitř společného trhu.“ V SESUO se tedy objevila ještě jakási doplňující (dle textu spíše privilegovaná) skutková podstata ke zneužití „dominujícího postavení“ ve smyslu čl. 66 odst. 7 SESUO, která se omezuje jednak teritoriálně a jednak časově, a to pro oblast cen. Teritoriální zúžení obecné skutkové podstaty zneužití je zde pochopitelné, avšak obrat „pouze dočasné“ snižování cen s cílem dosáhnout monopolu je poněkud pozoruhodný – jednak byla zde postihována až snaha získání monopolu, nikoli pouze *dominujícího postavení*, tj. přestože dnešním chápáním vnímáme nekalosoutěžní jednání jako jiný druh prohřešku (méně závažný), nadto poškozující zejm. konkurenční soutěžitele, byla tato právní úprava nastavena k odvrácení těžšího následku v podobě získání monopolu, tj. vyloučení soutěže, než právní úprava zneužití *dominujícího postavení*, kde k porušení Smlouvy postačovalo zneužít již ono *dominující postavení*. Navíc zakázáno bylo již „pouze“ dočasné snížení cen, avšak nebylo a obecně nelze vyloučit, že i pouze dočasné snížení může být za určitých specifických okolností dostačující k získání monopolu a v tomto smyslu by se potom nepochybně jednalo o zneužití *dominujícího postavení* ve smyslu čl. 66 odst. 7 SESUO (tak jak právní úpravu zneužití dominantního postavení chápeme dnes), nikoli o porušení čl. 60 odst. 1 SESUO. Za povšimnutí také stojí, že tehdejší právní úprava zneužití *dominujícího postavení* byla postavena zejm. na eliminaci jednání v podobě likvidace konkurence snižováním cen, o jiných praktikách v tomto smyslu se ve Smlouvě nedočteme – tuto skutečnost podporuje též opatření, které by v krajním případě následovalo v případě porušení Smlouvy (v obou případech), a totiž stanovení prodejních cen Komisí v první řadě (kromě jiného). Ještě je zde obecná zmínka o jiných podmínkách prodeje, výroby a dodávek, které mohla Komise nařídit, což zřejmě dávalo Komisi manévrovací prostor pro regulaci různých variací možného škodlivého chování podniku na trhu. Nicméně z povahy ustanovení čl. 66 odst. 7 SESUO plyne, že tato právní úprava sledovala zejm. hospodářsko-politické cíle té doby, ke kterým patřilo snížení koncentrace zejm. pokud se jednalo o Německo a dále vytvořit takovou strukturu trhu, která by opětovně koncentraci bránila, neboť bylo možné dovozovat, že dominantní postavení podnik by mohlo znamenat strategickou výhodu pro určitý stát. V tomto smyslu nesmíme zapomínat, že právní úprava sledovala cíle zejm. na trhu uhlí a oceli. Ovšem zanedlouho po vzniku ESUO začaly členské státy uvažovat o rozšíření společného trhu i na

ostatní odvětví. V návaznosti na to byla v roce 1957 přijata tzv. Římská smlouva, která upravovala zneužití dominantního postavení v čl. 86, po další úpravě to byl čl. 82 a nyní se jedná o čl. 102 SFEU. Právní úprava, jak bude níže vymezena, zůstala, co do textu samotného ustanovení stejná od Římské smlouvy do současnosti, ovšem jak připomíná Kindl, to že se ustanovení za celou dobu prakticky nezměnilo, neznamená, že soutěžní právo je od té doby stejné, jako je dnes.¹⁵¹

3.2 Zneužití dominantního postavení v evropském (unijním) právu

Nyní více, než dříve nabývá regulace zneužití dominantního postavení na významu, a to zejm. s ohledem na charakter aktivity podniků na trhu, kdy spíše odehrává soutěž o trh, než soutěž na trhu, přičemž výsledkem boje o trh jsou právě vysoké tržní podíly a existence dominantního postavení na trhu a možnost jeho zneužití. Základem ochrany hospodářské soutěže v podobě institutu *zneužití dominantního postavení (jeho zákazu)* v unijním právu, je čl. 102 SFEU, který uvádí, že: „*S vnitřním trhem je neslučitelné, a proto zakázané, pokud to může ovlivnit obchod mezi členskými státy, aby jeden nebo více podniků zneužívaly dominantního postavení na vnitřním trhu nebo jeho podstatné části.*“ Čl. 102 SFEU dále vyčítá demonstrativně čtyři možné příklady zneužití dominantního postavení, když uvádí, že takové zneužívání může zejména spočívat:

- a) v přímém nebo nepřímém vynucování nepřiměřených nákupních nebo prodejních cen anebo jiných nerovných obchodních podmínek;*
- b) v omezování výroby, odbytu nebo technického vývoje na úkor spotřebitelů;*
- c) v uplatňování rozdílných podmínek vůči obchodním partnerům při plnění stejné povahy, čímž jsou někteří partneři znevýhodňováni v hospodářské soutěži;*
- d) v podmiňování uzavření smluv tím, že druhá strana přijme další plnění, která ani věcně, ani podle obchodních zvyklostí s předmětem těchto smluv nesouvisejí.*¹⁵²

Žádné další ustanovení SFEU tento článek dále nerozvádí. Tribunál ve věci *Atlantic Container Line* potom definoval cíl této generální klauzule tak, že jejím cílem je zakázat podniku v dominantním postavení, aby posílil své postavení použitím jiných prostředků, než které spadají do hospodářské soutěže na základě výkonnosti.¹⁵³ Jak vyplývá z povahy ust. čl. 102 a Tribunál tuto skutečnost připomněl v předešle cit. rozhodnutí formulací „*použitím jiných prostředků*“, nelze dopředu odhadovat, jakými prostředky k onomu zneužití dojde a jakou povahu takové

¹⁵¹ Munková, J., Svoboda, P., Kindl, J. Soutěžní právo, 2. vyd., Praha : C.H. Beck, 2012, str. 56

¹⁵² čl. 102 (odst. 2) SFEU

¹⁵³ rozhodnutí Tribunálu ve věci *Atlantic Container Line*, T-191 a 212 až 214/98, odst. 939

jednání bude mít. Tato skutečnost však přináší výkladové problémy týkající se typizace jednání, které lze pod čl. 102 SFEU podřadit. Konečně, nelze zapomínat na skutečnost, že čl. 102 SFEU dopadá i na jednání podniků, které by bylo ze strany členských států tolerováno nebo snad i podporováno, záleží totiž též na intenzitě jednání podniku a povahy možných důsledků.¹⁵⁴ ESD se k této věci vyjádřil v již literaturou tradičně citovaném rozhodnutí ve věci *Hoffmann-La Roche*, kde se snažil vysvětlit povahu zákazu obsaženého v čl. 102 SFEU tak, že není možné s ohledem na povahu tohoto zákazu obecné podmínky pro aplikaci čl. 102 konkretizovat jednoduše proto, že je nelze bezpečně předvídat.¹⁵⁵ K otázce toliko demonstrativního výčtu zakázaného jednání se vyjádřil např. *Stroux*, dle kterého je to způsobeno tím, že dříve panovalo více znepokojení nad přímým zneužitím tržní moci, tj. nad vykořisťovacími praktikami podniků, než nad vylučovacími praktikami.¹⁵⁶ Konečně jak bude rozvedeno níže, v rámci aplikační praxe Komise došlo ve věci *Continental Can* ke vztažení čl. 102 SFEU na spojování podniků – ESD v této souvislosti vymezil ESD koncept tzv. *strukturálního zneužití dominantního postavení*,¹⁵⁷ tj. s ohledem na jakousi „mezeru“ v soutěžním právu¹⁵⁸ konstruoval další způsob jednání a rozšířil aplikaci tohoto článku. ESD ve věci *Continental Can*, v tomto smyslu uvedl že „*zákaz zneužití (dominantního postavení) nemíří pouze na praktiky, které mohou způsobit škodu spotřebitelům přímo, ale též na takové, které jsou jim ke škodě prostřednictvím jejich dopadu na účinnou strukturu soutěže...*“^{159,160} Dokladem o tom, že čl. 102 SFEU (čl. 82 SES) bylo nutné s vývojem situace na společném trhu výkladem dotvářet, jsou potom např. v rozhodnutí ESD ve věci *Tetra Pak II*.¹⁶¹, ve věci *British Airways*¹⁶² nebo také v rozhodnutí Tribunálu ve věci *Microsoft*.¹⁶³

¹⁵⁴ srov. např. rozhodnutí ESD ve věci *Bodson*, 30/87, odst. 24; nebo později rozhodnutí Tribunálu ve věci *Irish Sugar*, T-228/97, odst. 111

¹⁵⁵ „*povaha zákazu zneužití dominantního postavení a podmínek, které musí být naplněny k tomu, aby byl aplikován, ve smyslu čl. 102 SFEU nevyhnutelně vyjádřených v obecných pojmech, nejsou nepřesné a není možné je předvídat.*“ – z rozhodnutí ESD ve věci *Hoffmann-La Roche*, 85/76, odst. 130

¹⁵⁶ *Stroux*, S.US and EU Oligopoly Kontrol, International Competition Law Series, vol. 14, Kluwer International Law, 2004, str. 87 in Petr, M. a kol. Zakázané dohody a zneužití dominantního postavení v ČR, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2010

¹⁵⁷ Munková, J., Svoboda, P., Kindl, J. Soutěžní právo, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2006, str. 255

¹⁵⁸ Po tom, co zmizela právní úprava kontroly podnikových koncentrací v rámci přijetí Římské smlouvy.

¹⁵⁹ rozhodnutí ESD ve věci *Continental Can*, 6/72, odst. 26

¹⁶⁰ z citovaného rozhodnutí potom vyplývá i závěr obsažený následně v rozhodnutí ESD ve věci *British Airways*, C-94/05, odst. 107 – „*za účelem rozhodnutí o případné zneužívající povaze chování podniku v dominantním postavení není nutné zkoumat, zda bylo toto chování na úkor spotřebitelů ve smyslu čl. 102 druhého pododstavce písm. b) SFEU, ale postačí ověřit, zda mělo účinek omezující hospodářskou soutěž.*“

¹⁶¹ Zde se ESD zabýval výkladem čl. 102 písm. d) SFEU a uvedl, že i pokud nebyly naplněny znaky konkrétní skutkové podstaty, výšet skutkových podstat v článku uvedený není úplný, a prodej dvou výrobků společně může přesto představovat zneužití dominantního postavení, pokud není objektivně ospravedlněn – rozhodnutí ESD ve věci *Tetra Pak II*, C-333/94, odst. 37

¹⁶² V tomto rozhodnutí ESD uvedl, že „*slevy a prémie poskytnuté podniky v dominantním postavení mohou být rovněž v rozporu s čl. 102 SFEU, i když neodpovídají žádnému z příkladů uvedených v druhém pododstavci tohoto článku.*“ – rozhodnutí ESD ve věci *British Airways*, C-95/04, odst. 58

V neposlední řadě je třeba doplnit, že čl. 102 SFEU není určen k zabránění restriktivním praktikám na regionálních nebo místních trzích, ale je určen k ochraně vnitřního trhu EU.¹⁶⁴ Čl. 102 SFEU je tedy namířen na restriktivní praktiky, které mají tzv. *evropskou (unijní) dimenzi zneužití*. Tato skutečnost se podává jednak z povahy a smyslu právní úpravy a evropské soutěžní politiky, ale explicitně je tato skutečnost vyjádřena slovním spojením v čl. 102 SFEU „*na vnitřním trhu nebo jeho podstatné části*“. Pro posouzení této otázky je pak podstatný význam dotčeného trhu pro soutěž v rámci EU, tj. hospodářský význam, který se vyznačuje v souladu s ustálenou judikaturou ESD určitým počtem obyvatel. Trhy, které zahrnují území členského státu, jsou pro tyto účely vždy považovány za podstatnou část společného trhu.¹⁶⁵ Velikost členského státu pak není rozhodující.¹⁶⁶

3.2.1 Koncept „zneužití dominantního postavení“ v rámci čl. 102 SFEU

Koncept zneužití dominantního postavení ve smyslu čl. 102 SFEU má svůj základ ve třech podmínkách, které musí být splněny. Tyto podmínky jsou následující:

1. *existence dominantního postavení na společném trhu nebo jeho podstatné části,*
2. *zneužití takového dominantního postavení, a*
3. *možnost narušení obchodu mezi členskými státy.*¹⁶⁷

Pokud jde o samotný koncept „*zneužití*“ není ani zde nijak překvapivé, že tento pojem evropská legislativa, ba ani např. česká v rámci vnitrostátního soutěžního práva, nedefinuje. Avšak odpověď na to, co má být považováno za zneužití, je zásadní otázkou nejen pro aplikaci čl. 102 SFEU, ale také pro posuzování spojování podniků, neboť právě zneužití dominantního postavení po takovém spojení má Nařízení 139/2004 předcházet. V této věci ani judikatury spolehlivý jednoduchý výklad v tomto smyslu nepodává. Přesto jisté osvětlení lze ve stěžejní a v literatuře často citované judikatuře soutěžního práva nalézt. Příkladně v rozhodnutí ve věci *Hoffmann-La Roche* ESD konstatoval, že zneužitím je jednání, které s využitím metod jiných, než příznačných pro normální soutěž, má za následek bránění v zachování stávající úrovně

¹⁶³ Tribunál v tomto rozhodnutí uvedl, že „*vázaný prodej uskutečňovaný podnikem v dominantním postavení může porušovat čl. 102 SFEU, i když neodpovídá příkladu v čl. 102 písm. d) SFEU* – rozhodnutí Tribunálu ve věci *Microsoft*, T-201/04, odst. 861

¹⁶⁴ Ovšem doplníme jistou samozřejmost, a totiž, že i vnitřní trh je závislý na stavu (narušení/nenarušení) regionálních a místních trhů, neboť jejich souhrnem je právě vnitřní trh tvořen.

¹⁶⁵ rozhodnutí Tribunálu ve věci *Deutsche Bahn*, T-229/94

¹⁶⁶ Tichý, L., Arnold, R., Zemánek, J., Král, R., Dumbrovský, T. Evropské právo, 4. vyd., Praha : C.H.Beck, 2011, str. 543

¹⁶⁷ vymezení tří podmínek – viz čl. 102 SFEU (1. odst.)

soutěže nebo jejího růstu.¹⁶⁸ Ovšem jak poznamenává např. *O'Donoghue* a *Padilla*, toto rozhodnutí posouvá problém spíše k otázce, co je „běžná“ (normální) soutěž a také k otázce, které praktiky soutěž omezují.¹⁶⁹ Problematický je také zavádějící¹⁷⁰ soudem vyslovený pojem „jiné metody“, resp. „metody odlišné od těch, které se používají při běžné (normální) soutěži“, což však ale odpovídá problému uvedenému výše, a totiž toliko demonstrativnímu výčtu skutkových podstat zneužití dominantního postavení dle čl. 102 odst. 2 SFEU a konstatování soudu, že toto nelze předvídat, čímž soud odůvodňoval povahu zákazu dle čl. 102 SFEU a obecné podmínky pro jeho aplikaci.¹⁷¹ Z rozhodnutí ve věci *Hoffmann-La Roche* se tedy podává, že irelevance prostředků použitých k dosažení nežádoucímu stavu a není zde relevantní ani to, zda bylo cíle svým jednáním zamýšleného dosaženo.

Jako podstatnou se potom také jeví otázka potřebné míry omezení nebo vyloučení soutěže a času, po který tento stav má trvat, tj. jinak řečeno z pohledu Komise, jaká míra narušení soutěže má nastat k jejímu zásahu a jak dlouho má na takový zásah čekat, když oba tyto prvky jsou výsostně individuální povahy. V tomto smyslu Tribunál ve věci *Microsoft*, judikoval, že Komise nemusí prokázat vyloučení veškeré hospodářské soutěže na trhu, a zdůraznil, že podstatné je v tomto smyslu, aby posuzované jednání představovalo *riziko* vyloučení veškeré účinné hospodářské soutěže na trhu nebo aby takové jednání bylo způsobilé soutěž vyloučit.¹⁷² Nadto Tribunál ve stejném rozhodnutí upřesnil, že pro použití čl. 102 SFEU se výrazy „představuje riziko vyloučení hospodářské soutěže“ a „může vyloučit veškerou hospodářskou soutěž“ vykládají shodně za účelem vyjádření myšlenky, že se čl. 102 SFEU nepoužije až za situace, kdy k vyloučení hospodářské soutěže došlo.¹⁷³ V tomto smyslu je třeba výrok Tribunálu vyložit tak, že by bylo v rozporu s cíli soutěžního práva a cíli EU, mezi které patří chránit nenarušenou soutěž a tedy existující soutěž na trhu, pokud by Komise musela čekat na okamžik vyloučení soutěže nebo naprosté bezprostřední hrozby vyloučení.¹⁷⁴ Pokud bychom přijali opačný závěr, byly bychom vždy (a zejm. Komise) toliko svědky destrukce soutěže a trhu, kde zásah Komise

¹⁶⁸ z rozhodnutí ESD ve věci *Hoffmann-La Roche*, 85/76, odst. 91 - „objektivní koncept, který se vztahuje na chování podniku v dominantním postavení, které může ovlivnit strukturu trhu, na němž je právě v důsledku přítomnosti tohoto podniku stupeň hospodářské soutěže již oslabený, a jehož účinkem je to, že za použití prostředků odlišných od těch, které jsou používány při běžné (normální) soutěži výrobků nebo služeb na základě plnění hospodářských subjektů, brání zachování stupně hospodářské soutěže, který na trhu existuje, nebo rozvoji této hospodářské soutěže.“

¹⁶⁹ O'Donoghue, R., Padilla, A. J. *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, 2006, str. 176

¹⁷⁰ Pokud se např. podíváme na praktiky v podobě „snižování“ nebo „zvyšování“ cen, rovněž jde o v soutěži běžné jednání podniků, které za určitých okolností může být porušením čl. 102 SFEU. Nadto záměrně vysoké ceny mohou být strategií podniku na trhu, jak vyvolat dojem exkluzivity nabízeného výrobku nebo služby.

¹⁷¹ viz pozn. pod č.: č. 162

¹⁷² rozhodnutí Tribunálu ve věci *Microsoft*, T-201/04, odst. 563

¹⁷³ Ibid., odst. 561

¹⁷⁴ Petr, M. a kol. *Zakázané dohody a zneužití dominantního postavení v ČR*, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2010, str. 272 a násl.

by již cíle soutěžního práva těžko naplnil, zejm. pokud by došlo k úplnému vyloučení soutěže, neboť i kdyby byl podnik za případné jednání posléze postižen, jen těžko by se účinná hospodářská soutěž obnovovala, resp. vyžadovalo by to značně dlouhou dobu. Sankce by tak do značné míry postrádala smysl, a kromě vyloučení soutěžního procesu, by v důsledku toho byl ještě více neblaze stižen nepřímý cíl v podobě maximálního blahobytu spotřebitele. Bylo by totiž možné předpokládat, že sankce Komise by dosahovala astronomické částky, která by se však později promítla do cen produktů a služeb minimálně do doby, než by k obnovení soutěže došlo.

Další pohled ve smyslu zneužití, je posouzení jednání s ohledem na subjekt, který se jej dopustil, neboť jak vyplývá z ust. čl. 102 SFEU, je postižitelné zneužití právě „dominantního postavení,“ kdy takové postavení podniku je podmínkou aplikace čl. 102 SFEU. Tribunál v tomto smyslu definoval tzv. zvláštní (speciální) odpovědnost dominantního podniku, kdy v rozhodnutí *Microsoft* uvedl, že „*I když konstatování existence dominantní postavení samo o sobě neznamená žádnou výtku vůči dotčenému podniku, tento podnik má nicméně, bez ohledu na příčiny takového postavení, zvláštní odpovědnost za to, že jeho chování nebude na újmu účinné a nenarušené hospodářské soutěži na společném trhu.*“¹⁷⁵ Dočítáme se tedy již známou a mnohokrát deklarovanou skutečností, že dominantní postavení samo o sobě zakázáno není, teprve až jeho zneužívání, nicméně podnik v dominantním postavení má oproti ostatním konkurentům ***zvláštní (speciální) odpovědnost*** nenarušit nebo nevyloučit soutěž. Toto podtrhuje opět Tribunál v rozhodnutí *France Télécom*, kde uvádí, že „*podniky v dominantním postavení mohou být za specifických okolností zbaveny práva chovat se nebo jednat způsobem, který není sám o sobě zneužitím a za který by ani nebylo možné uložit sankci, pokud by se jednalo o chování nebo jednání podniků, které nejsou v dominantním postavení.*“¹⁷⁶ Toto pravidlo lze samozřejmě vztáhnout na jakéhokoli dominantu bez ohledu na to, zda své dominantní postavení získal svými výjimečnými výkony, technickými dovednostmi, nebytím výlučných práv nebo spojením podniků.¹⁷⁷ V tomto smyslu lze uzavřít, že podnik v dominantním postavení, ačkoli nejednal jakkoli protiprávně, je stíhán přísnější reglementací oproti podnikům, které tohoto postavení nedosáhly. Zde je pak významné konstatování Tribunálu ve věci *British Plaster Board*, kde soud uvedl v souvislosti s přísnější reglementací dopadající na dominantu, resp. s jeho zvláštní odpovědností, že „*toto však nijak neprolamuje jeho základní právo chránit své obchodní zájmy.*“¹⁷⁸ Tribunál tedy potvrdil, že podnik v dominantním postavení, přestože nesmí své

¹⁷⁵ rozhodnutí Tribunálu ve věci *Microsoft*, T-201/04, bod 3. preambule

¹⁷⁶ rozhodnutí Tribunálu ve věci *France Télécom*, T-340/03, odst. 186

¹⁷⁷ rozhodnutí ESD ve věci *Continental Can*, 6/72, odst. 18 a násl.

¹⁷⁸ rozhodnutí Tribunálu ve věci *British Plaster Board*, T-65/89, odst. 69

postavení na trhu zneužívat, má právo, ostatně jako jeho konkurenti nemající dominantní postavení, nejen na konkurenční obranu v rámci konkurenčního tlaku jeho konkurentů, ale také na jiné chování trhu za předpokladu, že dostojí své zvláštní odpovědnosti pramenící z jeho dominantního postavení.¹⁷⁹ Dle americké praxe je zastáván pohled, že dominant má právo soutěžit stejně agresivně jako menší podniky.¹⁸⁰ Pohled americké praxe je tedy co do kontroly dominantního postavení v tomto smyslu odlišný, avšak i americká judikatura určitou zvláštnost v postavení dominanta spatřuje, když *US Court of Appeals for third Circuit* ve věci *LePageś vs. 3M* konstatoval, že „monopolista nemůže činit veškeré akce, které může podniknout podnik na kompetitivním trhu, protože neexistuje žádný tržní tlak, který by působil na monopolistovo chování.“¹⁸¹

Avšak, abychom dokázali koncept „zneužití“ dominantního postavení alespoň přibližně obecněji vymezit, je třeba tak učinit s ohledem na dopady, které má na relevantní trh. Pro tyto účely nutno definovat v rámci rozdělení zneužívajících praktik, praktiky:

- 1) *vykořisťovatelské*, a
- 2) *vylučovací (zabraňovací)*.

3.2.1.1 Vykořisťovatelské praktiky

Vykořisťovatelské praktiky jsou v zásadě důsledkem selhání autoregulačních mechanismů hospodářské soutěže, kdy podnik těží z tohoto stavu na úkor ostatních konkurenčních podniků na relevantním trhu. Příkladem vykořisťovatelských praktik jsou např. excesivní ceny, nepřiměřené necenové podmínky nebo restrikce. Za takovouto praktiku lze v určitých případech považovat též diskriminaci, i když samozřejmě tuto praktiku lze považovat rovněž za vylučovací. V tomto smyslu tedy lze *zneužití* prostřednictvím vykořisťovatelských praktik považovat za využití situace na relevantním trhu takovým způsobem a v takovém rozsahu, kde onomu zneužití by nedošlo nebo bylo napraveno, pokud by fungoval autoregulační mechanismus soutěže. Avšak zde by se mělo jednat o dominanta nepoměrně silného, neboť i dominantovi je dovoleno prosazovat v rámci soutěže své zájmy.¹⁸²

¹⁷⁹ srov. také Ritter, L., Braun, W.D. *European Competition Law: A Practitioner Guide*, Third Edition, Kluwer Law International, 2004, str. 384, in Petr, M. a kol. *Zakázané dohody a zneužití dominantního postavení v ČR*, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2010

¹⁸⁰ Kolasky, W. J. *What is Competition?*, U.S. Department of Justice, 2002 – dostupné z – <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/200440.html>

¹⁸¹ rozhodnutí *US Court of Appeals for Third Circuit*, ve věci *LaPageś vs. 3M*, 2002 WL 46961, čl. 38 – dostupné z – <http://bulk.resource.org/courts.gov/c/F3/324/324.F3d.141.00-1473.00-1368.html>

¹⁸² viz rozhodnutí Tribunálu ve věci *British Plaster Board*, T-65/89, odst. 69

3.2.1.2 Vylučovací (zabraňovací) praktiky

Vylučovací praktiky mají, na rozdíl od vykořisťovacích, které parazitují na konkurenčních podnicích, za cíl ovlivnit samotnou hospodářskou soutěž a její autoregulační mechanismy, nikoli využít pouze jejich selhání. Cílem je zabránit autoregulačním mechanismům soutěže v jejich působení na dominantní podnik. Pro podnik je dosažení takové stavu výhodné, neboť není soustavně obtěžován konkurenčním tlakem, nemusí vyvíjet vysokou aktivitu k uspokojování potřeb zákazníků, nemusí investovat do inovací, nemusí se snažit o snižování nákladů své produkce a může nerušeně „přežívat“ na daném trhu. Ovšem udržování takového stavu neefektivit, tj. tzv. zlenivění podniku, je však dle odborné literatury i judikatury¹⁸³ samo o sobě „zneužitím“.¹⁸⁴ V zásadě, zde navazujeme na výklad o bariérách trhu (viz předešlá kapitola), které jsou dominantem uměle vytvářeny pro vstup nových podniků a které zabraňují možnosti růstu stávajících konkurentů dominanta. Možnost chovat se takovýmto způsobem však není nutně dána nadprůměrnými soustavnými výkony dominanta, ale obvykle jeho tržní silou, která mu jednoduše tento druh chování dovoluje.¹⁸⁵ Nicméně, pokud by docházelo k vytlačování konkurence lepšími výkony, nebylo by proti tomu co namítat, ovšem pokud je eliminace konkurence opřena v tomto smyslu toliko o tržní sílu, jde zcela na místě uvažovat o tom, že se jedná o vylučovací praktiku. V tomto smyslu odborná literatura¹⁸⁶ poznamenává, že klíčové je posouzení, zda postup vylučující konkurenty je zneužitím či nikoli, neboť je v celku běžné, že se každý podnik v rámci soutěže pokouší své konkurenty z trhu vytlačit svým lepším výkonem, o zneužití se tedy potom jedná v případě, lepší výkon není důvodem eliminace konkurenčních podniků.¹⁸⁷

Zde je opět třeba, pro účely právního uchopení těchto praktik, se přidržet již mnohokrát citovaného rozhodnutí ve věci *Hoffmann-La Roche*, resp. jeho definice „zneužití“.¹⁸⁸ Z této ESD podané definice, lze vyjmout dva znaky, a to – i) jednání jiné než běžné (normální) soutěže a ii)

¹⁸³ k tomu např. rozhodnutí ESD ve věci *Höfner and Elser*, C-41/90, nebo ve věci *Job Centre*, C-55/96

¹⁸⁴ Bellamy, Ch., Child, G. *European Community Law of Competition*, 6. vydání, London: Sweet & Maxwell, 2008, str. 1029 - 1030

¹⁸⁵ O'Donoghue, R., Padilla, A. J. *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, 2006, str. 199

¹⁸⁶ Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol. *Kurs obchodního práva, Obecná část, Soutěžní právo*, 5. vydání, Praha : C.H. Beck, 2007, str. 451

¹⁸⁷ *Ibid.*, str. 451

¹⁸⁸ z rozhodnutí ESD ve věci *Hoffmann-La Roche*, 85/76, odst. 91 - „objektivní koncept, který se vztahuje na chování podniku v dominantním postavení, které může ovlivnit strukturu trhu, na němž je právě v důsledku přítomnosti tohoto podniku stupeň hospodářské soutěže již oslabený, a jehož účinkem je to, že za použití prostředků odlišných od těch, které jsou používány při běžné (normální) soutěži výrobků nebo služeb na základě plnění hospodářských subjektů, brání zachování stupně hospodářské soutěže, který na trhu existuje, nebo rozvoji této hospodářské soutěže.“

účinek bránění v zachování stávající úrovně soutěže nebo jejího růstu.¹⁸⁹ Pokud bychom vylučovací praktiky měli opřít o legislativní rámec, čl. 102 SFEU hovoří o praktikách v podobě omezení produkce, odbytu nebo výzkumu a vývoje na úkor spotřebitelů.¹⁹⁰ Tento přístup však vyžaduje širší interpretaci rozsahu omezení produkce, odbytu nebo výzkumu a vývoje, přičemž ono omezení nelze vztahovat toliko k dominantovi, ale také k ostatním podnikům na daném trhu, neboť k jejich omezení produkce atd. může docházet právě v důsledku restriktivní praktiky dominanty. Toto bylo potvrzeno v rozhodnutí ve věci *Suiker Unie*, kde soud pod čl. 102 SFEU odst. 2 písm. b) zahrnul oba typy omezení, tj. vlastního i cizího produktu (bez ohledu na to jestli z hlediska samotné produkce, nebo vývoje a výzkumu)¹⁹¹

3.2.2 Vazba mezi dominantním postavením a jeho zneužitím

Pokud bychom si některé části předešlého textu shrnuli, vyplývá nám, že existence dominantního postavení, na které stojí koncept zneužití dominantního postavení a v tomto smyslu je to základní podmínkou pro aplikaci čl. 102 SFEU, avšak držení tohoto postavení není samo o sobě zakázané. Ovšem samo dominantní postavení nestačí, je třeba jeho zneužití, tj. musí *existovat vazba mezi dominantním postavením podniku a zneužívající praktikou*, kterou mu umožňuje právě jeho postavení na trhu.¹⁹² Jedná se tedy o příčinnou souvislost. Vazba mezi dominantním postavením podniku a jeho zneužitím se pak z tohoto pohledu jeví jako bezproblémově přijímaná, tj. např. *Munková* uvádí, že zneužití samo osobě nevyžaduje zavinění, ale v každém případě zjištění příčinné souvislosti mezi stavem dominance, relevantním jednáním a jeho negativním důsledkem.¹⁹³ Obdobného názoru je rovněž *Bejček*.¹⁹⁴ Naproti tomu však *Raus* a *Neruda* poukazují na rozhodovací praxi, ze které podle jejich zjištění vyplývá, že tento vztah nemusí být zdaleka ve všech případech vztahem příčinné souvislosti s tím, že zejm. platí, že není nezbytně nutné prokázat, že zneužití, které je předmětem šetření, se uskutečnilo v přímém

¹⁸⁹ Faull, J., Nikpay, A. The EC Law of Competition, Second Edition, New York : Oxford University Press, 2007, str. 350 a násl.

¹⁹⁰ srov. O'Donoghue, R., Padilla, A. J. The Law and Economics of Article 82 EC, Hart Publishing, 2006, str. 196 a násl.

¹⁹¹ rozhodnutí ESD ve věci *Suiker Unie*, 40/73, čl. 526

¹⁹² Petr, M. a kol. Zakázané dohody a zneužití dominantního postavení v ČR, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2010, str. 277

¹⁹³ Munková, J., Svoboda, P., Kindl, J. Soutěžní právo, 2. vyd., Praha : C.H. Beck, 2012, str. 287

¹⁹⁴ Dle závěru Bejčka musí být mezi dominantním postavením podniku a jeho zneužitím příčinná souvislost, tj. chování musí být důsledkem toho, že podnik má dominantní postavení a bez tohoto postavení by se takového postupu nemohl dopustit, neboť by v normálních podmínkách utrpěl na trhu ztrátu. - Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol. Kurs obchodního práva, Obecná část, Soutěžní právo, 5. vydání, Praha : C.H. Beck, 2007, str. 451; souhlasně v tomto smyslu se vyjadřuje také zahraniční literatura – např. O'Donoghue, R., Padilla, A. J. The Law and Economics of Article 82 EC, Hart Publishing, 2006, str. 215 - 217

důsledku existence ekonomické síly dominantních soutěžitelů na příslušném relevantním trhu.¹⁹⁵ Podobně relativizující pohled na danou věc má také zahraniční literatura.¹⁹⁶ Konečně, ESD ve věci *Continental Can*, kde uvedl, že otázka vztahu mezi dominancí a jejím zneužitím je irelevantní, neboť podle závěru soudu posílení dominantního postavení může být zneužitím tohoto postavení dle čl. 102 SFEU, a to bez ohledu na prostředky a způsoby, kterými bylo dosaženo, pokud dojde k podstatnému snížení hospodářské soutěže.¹⁹⁷ ESD podobně ve věci *Hoffmann-La Roche*, uvedl, že ze zneužití nevyplývá, že dominantní postavení je prostředkem, kterým bylo toto zneužití dosaženo^{198,199} Odborná literatura však odmítá kategorické popření jakékoli spojitosti mezi dominancí a jejím zneužitím.²⁰⁰ Konečně, pohládneme-li na definici dominantního postavení podanou ESD ve věci *United Brands*, spojitost dominance a zneužití se podává již samotného textu, když jde o „... *pozici takové hospodářské síly, která podniku umožňuje zabraňovat zachování účinné hospodářské soutěže na relevantním trhu tím, že mu dává sílu chovat se do značné míry nezávisle na svých konkurentech, zákaznících a konečně i na spotřebitelích.*“²⁰¹ Vazba mezi dominantním postavením podniku a jeho zneužitím proto musí existovat, na čemž ale nemění nic to, že na trhu, na kterém ke zneužití došlo, není dominantní podnik dominantem, nebo to, že účinek zneužívající praktiky nastal na jiném trhu, přestože jej dominant užil na trhu, kde je v dominantním postavení (k tomu např. rozhodnutí ve věci *Tetra Pak II*,²⁰² nebo *British Airways*²⁰³).

¹⁹⁵ Raus, D., Neruda, R. Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a související české i komunitární předpisy, 2. vydání, Praha : Linde Praha, 2006, str. 173

¹⁹⁶ např. Bellamy, Ch., Child, G. European Community Law of Competition, 6. vydání, London: Sweet & Maxwell, 2008, str. 911 - 912

¹⁹⁷ rozhodnutí ESD ve věci *Continental Can*, 6/72, odst. 27

¹⁹⁸ srov. Neils, G., Jenkins, H. Reform of Article 82: Where the Link Between Dominance and Effect Breaks Down, European Competition Law Review, 2005, č. 11, str. 609

¹⁹⁹ viz rozhodnutí ESD ve věci *Hoffmann-La Roche*, 85/76, odst. 91

²⁰⁰ O'Donoghue, R., Padilla, A. J. The Law and Economics of Article 82 EC, Hart Publishing, 2006, str. 216

²⁰¹ rozhodnutí ESD ve věci *United Brands*, 27/76, odst. 65

²⁰² K tomuto rozhodnutí ESD ve věci *Tetra Pak II*, kde soud konstatoval, že jednání na nedominantním trhu, které má účinky na nedominantním trhu, lze dát na roveň zneužití za předpokladu, že nedominantní trh má blízké přidružovací vazby k trhu dominantnímu a existují zvláštní okolnosti odůvodňující použití čl. 102 SFEU. – rozhodnutí ESD ve věci *Tetra Pak II*, C-333/94, odst. 27

²⁰³ V uvedené věci Tribunál poznamenal, že zneužití dominantního postavení spáchané na dominantním trhu s produktem, které má účinek na odděleném trhu, na němž podnik není podnikem v dominantním postavení, může spadat pod čl. 102 SFEU za předpokladu, že oddělený trh je dostatečně spojen s prvním. – viz rozhodnutí Tribunálu ve věci *British Airways*, T-219/94, odst. 127

4. Kontrola koncentrací podniků v soutěžním právu EU

Kontrola podnikových koncentrací je, jak jsme si uvedli v úvodu této práce, třetím z pilířů soutěžního práva, resp. třetím nástrojem ochrany účinné hospodářské soutěže. S ohledem na téma této práce dlužno doplnit, že právě tato právní úprava je „druhou“ kolejí z oné „dvojkovéjné“ právní úpravy dominantního postavení v soutěžním právu EU vedle koncepce zneužití dominantního postavení ve smyslu čl. 102 SFEU (viz předešlá kapitola této práce). Stejně jako v předešlém případě, výklad týkající se kontroly podnikových koncentrací se v následujících článcích bude věnovat zejm. hmotněprávním otázkám, neboť tato práce je postavena na vymezení a zhodnocení koncepcí úpravy. Za „druhou kolej“ právní úpravy dominantního postavení kontrolu podnikových koncentrací označuji zejm. proto, že společným prvkem v porovnání s čl. 102 SFEU je právě dominantní postavení s tím, že na rozdíl od čl. 102 SFEU se nejedná o kontrolu *ex post*, ale o kontrolu *ex ante*, sledující výrazně změny struktury vnitřního trhu, které by mohly v důsledku koncentrace podniků nastat. Spojitost, kromě prvku dominance, s čl. 102 SFEU se skrývá především v tom, že právní úprava kontroly podnikových koncentrací je veskrze preventivním nástrojem právě zneužívání dominantního postavení na trhu, avšak s tím, že ev. dominantního postavení nebo jeho posílení je docíleno právní cestou, zejm. spojením fúzí.

4.1 Vývoj právní úpravy podnikových koncentrací – historický exkurs

Stejně jako v případě předešlém (zneužití dominantního postavení) nachází právní úprava podnikových koncentrací své kořeny v americkém antitrustovém právu. Okolnosti, které stály za vznikem antimonopolního zákonodárství a potažmo tedy i za vnikem americké úpravy kontroly spojování podniků již byly předešlé kapitole, proto nyní jen ve stručnosti. První zákon sloužící k ochraně hospodářské soutěže – Sherman Act (1890) neobsahoval žádnou právní úpravu kontroly podnikových koncentrací, která byla však až do přijetí *Clayton Act* v roce 1914, odvozována právě od par. 1 (zakázané dohody) a par. 2 (monopolizace) Sherman Act. Par. 7 Clayton Act tvoří, stejně jako v EU současné Nařízení 139/2004 třetí pilíř soutěžního práva, a upravuje kontrolu podnikových koncentrací tak, že zakazuje taková spojení, která by mohla vést k podstatnému omezení soutěže nebo vytvoření monopolu tak, aby mohla být hospodářská soutěž ochráněna již před jejím narušením. S touto problematikou úzce souvisel zákon zřizující federální soutěžní úřad – Federal Trade Commission Act z roku 1914, který kromě jiného také zavedl notifikační povinnost postavenou na obratových kritériích.

V Evropě byla první úprava spojování podniků obsažena v čl. 66 SESOU. Podle odst. 1 cit. článku podrobila Smlouva předchozímu souhlasu Komise každou operaci, která sama o sobě ve svých přímých nebo nepřímých důsledcích působila na územích členských států činností některé osoby nebo některého podniku, některé skupiny osob nebo podniků, koncentraci podniků, ať se již tato operace týkala téhož výrobku nebo výrobků různých, ať se prováděla cestou fúze, získání akcií nebo částí aktiv, půjček, kontraktů nebo jakýmkoli jiným prostředkem kontroly.²⁰⁴ Komise potom udělila souhlas s takovým spojením, pokud zamýšlená operace nedala podnikům možnost na podstatné části trhu určovat ceny, kontrolovat nebo omezovat výrobu nebo distribuci nebo překážet účinné soutěži.²⁰⁵ Tato právní úprava byla do Pařížské smlouvy začleněna nepochybně k zajištění dostatečného konkurenčního prostředí na trhu uhlí a oceli. Z Římské smlouvy však již byla kontrola podnikových koncentrací vypuštěna a v rámci Společenství upravena až Nařízením 4064/89 a posléze dosud platným Nařízením 139/2004. Než však byla přijata příslušná právní úprava, aplikovala Komise na spojení soutěžitelů tehdy čl. 86 Smlouvy (nyní čl. 102 SFEU), k čemuž došlo ve věci *Continental Can* a jednalo se o tzv. *strukturální zneužití dominantního postavení*.²⁰⁶ Komise ve svém rozhodnutí²⁰⁷ vztáhla na spojení podniků čl. 82 (nyní čl. 102 SFEU) o zneužití dominantního postavení, přičemž ESD poté zde konstatoval, že ke zneužití dominantního postavením „*může dojít, když podnik v dominantním postavení posiluje své postavení takovým způsobem, že nově nabytý stupeň dominance podstatným způsobem limituje hospodářskou soutěž na trhu tak, že zůstanuvší podniky jsou závislé na superdominantním podniku*“.²⁰⁸ V období od přijetí Římské smlouvy až do roku 1989 byla vedena čilá diskuse nad podmínkami, za kterých by měla kontrola podnikových koncentrací probíhat, přičemž nakonec úprava Nařízení 4064/89 byla inspirována právní úpravou USA – koncept notifikační povinnosti byl vystavěn na obratových kritériích, podobně jako ve *Federal Trade Commission Act*, avšak s tím, že toto nařízení obsahovalo substantivní test v podobě testu dominance, která byla zásadní vodítkem pro posouzení spojení, naproti tomu v USA fungoval a funguje test podstatného snížení soutěže. Přijetí předmětného nařízení předcházela řada důvodů, vč. problematické aplikace tehdejšího čl. 82 SES (nyní čl. 102 SFEU). Nicméně jeho vznik byl odůvodněn dále i) dosažením cílů čl. 3 odst. f) Smlouvy, tj. zavést systém zajišťující, že nebude narušována hospodářská soutěž na společném trhu,²⁰⁹ ii)

²⁰⁴ ust. čl. 66 odst. 1 SESOU

²⁰⁵ ust. čl. 66 odst. 2 SESOU

²⁰⁶ Munková, J., Svoboda, P., Kindl, J. Soutěžní právo, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2006, str. 255

²⁰⁷ rozhodnutí Komise ve věci *Continental Can* ze dne 9. 12. 1971, 1972 L 7/25

²⁰⁸ rozhodnutí ESD ve věci *Continental Can*, 6/72, odst. 25 - 26

²⁰⁹ Ibid., bod 1 preambule

nezbytností s ohledem na dotváření vnitřního trhu, a to do roku 1992,²¹⁰ iii) zrušením hranic, což vede k velkým změnám v uspořádání uvnitř Společenství, zejména formou spojování,²¹¹ iv) nedostatečností čl. 81 a 82 SES (nyní čl. 101 a 102 SFEU) pro kontrolu všech činností, jako je spojování soutěžitelů, které jsou neslučitelné se systémem nenarušené hospodářské soutěže²¹² apod. V zásadě lze shrnout, že cit. nařízení bylo přijato v důsledku obavy Společenství z takových strukturálních změn, s ohledem na rozšiřování vnitřního trhu, které by přesto, že by k těmto změnám došlo postupem právem předvídaným a dovoleným (spojování podniků), mohly natolik změnit strukturu hospodářské soutěže na relevantních trzích, že by zde soutěž mohla být i vyloučena. Po cca deseti letech aplikace tohoto nařízení začala vyvstávat potřeba revidovat stávající systém, a to zejména s ohledem na to, že nařízení v tomto smyslu by mělo být více přizpůsobeno výzvám integrovanějšího trhu a budoucímu rozšíření EU²¹³ (toto bylo v době před plánovaným rozšířením EU v přístupové vlně v roce 2004, kdy přistoupila i ČR). Komise tedy zahájila rozsáhlou diskusi o reformě kontroly spojování podniků, a to z důvodu ekonomického, politického a právního vývoje např. zavedení eura, rozšíření unie a rostoucímu tempu globalizace společností. Jako diskusní nástroj vydala Komise *Zelenou knihu*,²¹⁴ kde předložila návrhy na změnu stávajícího stavu s cílem vypořádat se s některými hmotněprávními, jurisdikčními a procedurálními otázkami. Z hmotněprávních otázek Komise řešila kritérium *dominantního postavení*. V tomto smyslu Komise připomněla, že dle SES není dominantní postavení nic zakázaného, nicméně Nařízení o kontrole spojování podniků uznává, že za určitých podmínek může fúze vést ke zneužívání dominantního postavení.²¹⁵ Komise v této otázce dále vyzvala k diskusi nad substantivním testem a poukázala na vzor testu podstatného snížení soutěže, který je používán v jiných jurisdikcích, jako jsou USA, Kanada a Austrálie. Další změny navrhované Komisí se týkali notifikační povinnosti, tedy obrátových kritérií, byl také potvrzen jako účinný systém „one-stop-shop“.²¹⁶ Výsledkem snahy Komise a rozpoutané diskuse bylo Nařízení 139/2004, které nahradilo stávající Nařízení 4064/89.

²¹⁰ Ibid., bod 2 preambule

²¹¹ Ibid., bod 3 preambule

²¹² Ibid., bod 6 preambule

²¹³ COUNCIL REGULATION (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation), bod 6 preambule – dostupné z - http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26096_en.htm

²¹⁴ Green Paper on the Review of Council Regulation (EEC) No 4064/89 – dostupné na - http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2001/com2001_0745en01.pdf

²¹⁵ Ibid.

²¹⁶ Ibid.

4.2 Úprava kontroly koncentrací podniků v evropském (unijním) právu

Právní úprava kontroly podnikových koncentrací doplňuje systém ochrany účinné hospodářské soutěže obsažený v čl. 101 a 102 SFEU. Jak již bylo uvedeno, po intenzivní debatě nad problematikou podnikových koncentrací, bylo přijato ***Nařízení č. 4064/89 o kontrole koncentrací mezi podniky***²¹⁷ a po cca deseti letech aplikace tohoto nařízení začala vyvstávat potřeba revidovat stávající systém, a to zejm. s ohledem na to, že nařízení v tomto smyslu by mělo být více přizpůsobeno výzvám integrovanějšího trhu a budoucímu rozšíření EU.²¹⁸ V návaznosti na to bylo přijato nové revidované nařízení o podnikových koncentracích, a to ***Nařízení č. 139/2004***.²¹⁹ S tímto nařízením byla přijata současně i další právní úprava, a to ***Nařízení č. 802/2004*** k provedení Nařízení č. 139/2004 – toto nařízení upravuje procesní otázky týkající se podání Komisi, lhůt apod.²²⁰ Přijaty byly dále také ***Pokyny pro posuzování horizontálních spojení***.²²¹

4.2.1 Soutěžní politika a vliv koncentrací na soutěž

Soutěžní politika může v zásadě vznikat ve čtyřech základních směrech (různě i nakombinovaných). Jde tedy o přístup regulační, strukturální, resignační nebo vlastnický.²²² Jak potom napovídá předešlý výklad, kontrola podnikových koncentrací tedy bude zástupcem strukturálního přístupu, preferujícího udržení soutěžních struktur. V tomto ohledu by bylo možné uvažovat o tom, že pokud by tento systém efektivně fungoval, bude *ex post* kontrola nadbytečnou, tj. čl. 101 a 102 SFEU, coby zástupci regulačního přístupu k chování podniků v rámci soutěže. Podle stanoviska *OECD* však ale stále platí, že „*i tam, kde se přísně vynucují opatření vůči protisoutěžním spojením podniků a proti monopolizaci, má stále místo systém kontroly chování*.“²²³ Fúze pak ovlivňují soutěžní strukturu především tím, že snižují počet podniků v rámci trhu, které si navzájem konkurují. V tomto důsledku dochází samozřejmě i ke snížení soutěžního tlaku, který je pro intenzivní soutěž nezbytný, zvyšuje se také riziko vzniku

²¹⁷ COUNCIL REGULATION (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings – dostupné z <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989R4064:EN:HTML>

²¹⁸ COUNCIL REGULATION (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation), bod 6 preamble – dostupné z http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26096_en.htm

²¹⁹ Ibid.

²²⁰ Commission Regulation (EC) No 802/2004 of 7 April 2004 implementing Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings, *Official Journal L 133*, 30/04/2004 P. 0001 – 0039 – dostupné na <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0802:EN:HTML>

²²¹ Pokyny pro posuzování horizontálních spojování podle nařízení Rady o kontrole spojování podniků (2004/C 31/03), – dostupné z http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26107_cs.htm

²²² Bejček, J. Soutěžní politika a fúze v evropském kontextu, Masarykova univerzita, Brno, 2010, str. 29

²²³ OECD: Market Power and the Law, A Study of the Restrictive Business Practice Laws of OECD Member Countries and the EEC and ECSC Dealing with Market Power, Paris 1970, str. 196

tržní dominance nebo monopolu. Konečně vysoká tržní síla umožňuje zvyšování cen a současného snižování produkce, tj. je prostředkem ke zneužití postavení podniku na trhu. Ovšem pokles účastníků na trhu, posunuje do popředí kontrolu chování v podobě čl. 101 a 102 SFEU. Funkcí kontroly podnikových koncentrací je proto udržet volné trhy a předcházet vzniku tržní moci. Avšak jen těžko si představit systém kontroly koncentrací, který by bránil v účelně restrukturalizaci, což by mohlo mít paradoxně důsledek v podobě překážky dlouhodobému zvyšování efektivity soutěže a samozřejmě také zvyšování blahobytu spotřebitelů. Naopak zde je třeba si ale také uvědomit, že krátkodobý efekt (výhody) pro spotřebitele se v dlouhodobém horizontu může obrátit proti němu, a to z důvodu vyloučení soutěže.²²⁴

Konečně, je zde dále také otázka posuzování horizontálních a vertikálních fúzí. Obecně lze říci, že vertikální fúze jsou co do dopadu na soutěž poněkud spornější, než fúze horizontální, neboť mohou vést k vytvoření lepšího přístupu spojujících se subjektů k odbytovým a zásobovacím možnostem a otevírají jim trhy, kam neměly do té doby přístup, tj. účastníci takového spojení se mohou dostat na jiné trhy, přičemž tržní síla, kterou disponují na jednom trhu se může přenést i na trh podřazený nebo jiný, což v důsledku může účinnou soutěž narušit. Co je však ale podstatnější, obecně v případě fúzí jde o rozhodnutí o způsobu využití vlastnického práva spojujících se subjektů, tj. mohl by zde vyvstat v případě kontroly koncentrací a jejich hodnocení střet se smluvní svobodou, kdy její jakékoli omezení by mělo být řádně odůvodněno a také střet s výkonem vlastnického práva spojujících se subjektů. Existuje proto tzv. *koncentrační privilegium*, dle kterého vlastníci výrobních prostředků by měli sami rozhodnout, jakým způsobem své prostředky co možná nejefektivněji využít.²²⁵ Konečně, v nespolední řadě je zde argument označující kontrolu fúzí za přežitek, když se problematizuje vhodnost měřítko národní ekonomiky pro posuzování přípustnosti fúzí,²²⁶ přihlédneme-li nadto k tomu, že je obecně uznáváno, že fúze sama o sobě může přinést nejen užitek jejím účastníkům, ale také i spotřebitelům, navíc nelze vyloučit ani pozitivní dopad na samotnou soutěž. Tyto argumenty jsou do jisté míry lze vyvrátit položením vysokých kritérií, opravňujících státní zásah do koncentrace, neboť nelze přehlížet, že zde existuje veřejný zájem na zachování účinné hospodářské soutěže. Na druhé straně, jak už bylo uvedeno, je zde soukromý zájem účastníků fúze na optimalizaci využití svých prostředků, resp. jejich vlastnického práva a dosáhnout ekonomických příležitostí a výhod, kterých by jinak obtížně dosahovali, a o které jsou ochotni se

²²⁴ Bejček, J. Soutěžní politika a fúze v evropském kontextu, Masarykova univerzita, Brno, 2010, str. 50

²²⁵ Schulte, J.L. Handbuch Fusionskontrolle, Luchterhand, München 2005, str. 18

²²⁶ Bejček, J. Soutěžní politika a fúze v evropském kontextu, Masarykova univerzita, Brno, 2010, str. 54

podělit se spotřebiteli.²²⁷ V tomto je třeba spatřovat důvod, proč vlastně k žádnému obecnému zákazu fúzí nikde nedošlo a koncentrace podniků se zakazuje až za situace, kdy by se takto koncentrovaný podnik dostal do postavení, kdy by jej bylo velice obtížné donutit, aby se o přínosy získané fúzí podělil se spotřebiteli, resp. došlo by k zcela opačnému účinku.²²⁸ Odborná literatura²²⁹ pak shrnuje námitky proti kontrole koncentrací tak, že má být stranám ponechána volnost v rozhodování o ev. fúzích a volbě mezi interním a externím růstem, a že se má stát, resp. orgány EU zajímat až o chování subjektů na trhu po této fúzi bez ohledu na strukturu trhu, tj. staví do popředí regulaci chování *ex post* upravenou v čl. 101 a 102 SFEU.

Výše položenými argumenty se budeme dále zabývat ve shrnutí k této kapitole a v člancích zabývajících se vybranými problémy dvojkové úpravy „dominantního postavení“ podniků, jeho zneužitím, a strukturálním změnám trhu.

4.2.2 Pojem „podnik“ a „kontrola“

V případě kontroly koncentrací podniků je namístě nejprve vymezit pojmy „podnik“ a „kontrola“. Ve smyslu evropského práva pojem „**podnik**“ byl vymezen v úvodní kapitole této práce, zabývajících se obecnými otázkami soutěžního práva; nebudeme se proto již toto vymezení zde opakovat.²³⁰ Nicméně doplňme, že na pojem „podnik“ je třeba nahlížet optikou právní úpravy, které je aplikována. Tedy, budeme-li aplikovat Nařízení 139/2004 je třeba upřesnit, že v případě koncentračních operací, které se týkají *entit*, jež nejsou podniky, a to především s ohledem na jejich neúčast v hospodářské soutěži (nevykonávají hospodářskou činnost), se samozřejmě příslušné Nařízení vztahovat nebude. Jako příklad lze uvést sloučení oborových organizací.²³¹

Pojem „**kontrola**“ – tento pojem má strukturální charakter.²³² Nařízení 4064/89 stanovilo, že kontrola je toliko *možnost* vykonávat rozhodující vliv na činnost podniku, Nařízení č. 139/2004 na této skutečnosti nic nemění. Získání kontroly pak znamená, že jeden nebo více podniků na právním nebo faktickém základě nabude způsobilost činit strategická rozhodnutí za

²²⁷ Ibid.

²²⁸ Mestmäcker, E. J. Die Interpendenz von Recht und Ökonomie in der Wettbewerbspolitik, in Monopolkommission: Zukunftsperspektiven der Wettbewerbspolitik, Nomos, Baden-Baden 2005, str. 31

²²⁹ např. Bejček, J. Soutěžní politika a fúze v evropském kontextu, Masarykova univerzita, Brno, 2010, str. 54

²³⁰ viz čl. 1.2 této práce

²³¹ Munková, J., Svoboda, P., Kindl, J. Soutěžní právo, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2006, str. 263

²³² Sdělení Komise k otázkám příslušnosti podle nařízení Rady (ES) č. 139/2004, o kontrole spojování podniků (2008/C 95/01), str. 5 – dostupné na - <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:CS:PDF>

jeden nebo více jiných podniků.²³³ V zásadě se jedná o koncentraci rozhodovací moci o podnikatelských zdrojích. Ve věci *Crédit Lyonnais/BFG Bank* pak Komise k tomuto konstatovala, že k získání kontroly *de iure* nad akciovou společností postačuje získání 50 % účasti na společnosti s hlasovacími právy zvýšenými o jeden hlas (nejtěsnější nadpoloviční většina hlasů).²³⁴ Z tohoto lze pak vycházet, pokud nejsou-li položeny překážky v podobě kvalifikované většiny, blokační minority s právem veta atd. Slovy Komise jde tedy o získání kontroly, pokud je na podnik přenesena moc činit úplně nebo částečně podnikatelská rozhodnutí, v důsledku čehož neprobíhá tvorba vůle v podniku (kontrolovaném) nezávisle.²³⁵ V případě kontrolního vlivu je dále zkoumáno, zda existuje ve vztahu k obchodní politice, podle níž se podnik chová. Toto je splněno, pokud má podnik právo činit rozhodnutí, resp. mít vliv na rozhodnutí týkajících se obsazení orgánů společnosti, dohod o hlasovacích a volebních oprávnění atd.²³⁶ Dle čl. 3 odst. 2 Nařízení 139/2004 se kontrola, „*skládá z práv, smluv nebo jiných prostředků, které jednotlivě nebo společně a s ohledem na dané skutečnosti nebo právní předpisy poskytují možnost rozhodujícího vlivu v určitém podniku, zejména:*

- a) vlastnickými právy nebo právem užívání celého nebo části majetku podniku;*
- b) právy nebo smlouvami, poskytujícími rozhodující vliv na složení, hlasování nebo rozhodování orgánů podniku.“²³⁷*

Z uvedeného plyne, že k základním prvkům zde patří jednak *i) potencialita kontroly, ii) nerozhodnost právního titulu, a iii) rozhodující vliv*. První ze znaků se podává již ze samého Nařízení 139/2004, totiž že za spojení podniků lze považovat situace, kdy je jinému podniku dána *toliko možnost*, aby takovou kontrolu vykonával, přičemž není rozhodné, zda k takovému vlivu na podnik došlo či nikoli – postačí tedy jen možnost kontrolu vykonávat.²³⁸ Pod rozsah pojmu *kontrola* spadají právní, faktické, přímé, nepřímé, výlučné i společné možnosti, jakými onen vliv vykonávat, tj. nezáleží na tom jaký právní titul má podnik k dispozici nebo jaká rozhodná skutečnost v tomto smyslu nastala.²³⁹ A konečně otázka *rozhodujícího vlivu* – zde je třeba říci, že míra vlivu, kterou by bylo možné označit za rozhodující, není v žádném právním předpise vymezena, tuto otázku je tedy třeba posuzovat individuálně. Nadto Nařízení 139/2004

²³³ Faull, J., Nikpay A. The EC Law of Competition, Oxford University Press, 1999, str. 210

²³⁴ rozhodnutí Komise ve věci *Crédit Lyonnais/BFG Bank*, ze dne 11. 1. 1993, IV/M.296; srov. také rozhodnutí Komise ve věci *Klöckner&Co.AG/Computer 2000 AG*, ze dne 5.9.1994, IV/M.492

²³⁵ Bejček, J. Soutěžní politika a fúze v evropském kontextu, Masarykova univerzita, Brno, 2010, str. 89

²³⁶ Ritter, F. Wettbewerbs – und Kartellrecht, 6.A., C.F. Müller Verlag, Heidelberg 1999, str. 355

²³⁷ Commission Regulation (EC) No 802/2004 of 7 April 2004 implementing Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings, *Official Journal L 133*, 30/04/2004 P. 0001 – 0039 – dostupné na - <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0802:EN:HTML>

²³⁸ Bejček, J. Soutěžní politika a fúze v evropském kontextu, Masarykova univerzita, Brno, 2010, str. 88

²³⁹ Munková, J., Svoboda, P., Kindl, J. Soutěžní právo, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, Praha 2006, str. 265

ani v této věci nepracuje se žádnými domněnkami, nicméně, aby bylo možné vliv označit jako rozhodující, musí je jednat o vliv nepochybně výrazný, avšak nemusí být absolutní.²⁴⁰ Za rozhodující vliv lze považovat i vliv omezený nebo sdílený. Je zde tedy dána široká míra diskrece při posuzování, zda některý podnik vykonává nad jiným kontrolu. Nicméně s ohledem na princip právní jistoty vydala Komise Oznámení o pojmu koncentrace²⁴¹, vycházející z předešlé rozhodovací praxe tehdy komunitárních soudů a své vlastní. Pokud jde o rozhodující vliv, lze shrnout, že pro posouzení této skutečnosti, tj. její existence, je podstatné, aby byl vykonáván v okruhu i) rozhodnutí ohledně ustanovení řídicích osob dotčeného podniku (viz výše); ii) rozhodnutí týkajících se finančních, obchodních a investičních plánů dotčeného podniku nebo také iii) rozhodnutí týkajících se strategických oblastí z hlediska výběru technologií či vývoje produktů.²⁴²

4.2.3 Tzv. Evropská dimenze a notifikační povinnost

Nařízení 139/2004 vymezuje kontrolu koncentrací za předpokladu určitého významu a rozsahu pro vnitřní trh EU. Čl. 1 Nařízení 139/2004 definuje literaturou nazvanou *evropskou dimenzi*, do jejíž míry je třeba, aby spojení zasáhlo, pokud na něj má být aplikováno předmětné nařízení. Tato koncepce je postavena s ohledem na cíle nařízení²⁴³ na kritériu obratu spojovaných podniků. Jedná se o obrátové testy, kdy první sleduje obrat ve světovém měřítku, druhým je test evropského obratu a posledním je tzv. dílčí test.²⁴⁴ Proto, aby se koncentraci podniků vztahovalo Nařízení 139/2004 je třeba, aby:

- celosvětový obrat všech zúčastněných podniků přesahoval 2,5 miliard EUR (*test obratu ve světovém měřítku* – čl. 1 odst. 3 písm. a) Nařízení 139/2004);²⁴⁵
- obrat v EU přesahoval u alespoň dvou zúčastněných podniků 100 milionů EUR (*test evropského obratu* – čl. 1 odst. 3 písm. d) Nařízení 139/2004);²⁴⁶ a konečně
- obrat všech zúčastněných podniků přesahoval 100 milionů EUR v každém z alespoň tří členských států a celkový obrat každého z alespoň dvou zúčastněných podniků

²⁴⁰ Ibid.

²⁴¹ Ibid., str. 266

²⁴² Ibid.

²⁴³ Bod 10 preambule Nařízení 139/2004 – „Je vhodné, aby se mělo za to, že spojení s významem pro celé Společenství existuje, pokud společný celkový obrat dotčených podniků přesahuje stanovené prahové hodnoty; tak je tomu, bez ohledu na to, zda podniky provádějící spojení mají své sídlo nebo svoji hlavní oblast činnosti ve Společenství, za předpokladu, že zde provozují podstatnou činnost.“

²⁴⁴ Tichý, L., Arnold, R., Zemánek, J., Král, R., Dumbrovský, T. Evropské právo, 4. vyd., Praha : C.H.Beck, 2011, str. 547

²⁴⁵ Před novelou činila hranice 5 miliard EUR.

²⁴⁶ Před novelou činila hranice 250 milionů EUR.

představoval 25 milionů EUR v každém z uvedených členských států (*tzv. dílčí test* – čl. 1 odst. 3 písm. b), c) Nařízení 139/2004).²⁴⁷

Pokud jsou naplněna výše uvedená obratová kritéria, tj. je splněna podmínka *evropské dimenze spojení*, aktivuje se *tzv. notifikační povinnost*, která ve smyslu čl. 4 odst. 1 Nařízení 139/2004 znamená, že spojení podniků s významem pro celou Unii (evropská dimenze) musí být oznámena Komisi před svým uskutečněním a po uzavření dohody, oznámení veřejného návrhu smlouvy o koupi akcií nebo nabytí kontrolního podílu. Oznámení v tomto smyslu může být rovněž učiněno, jestliže dotčené podniky prokáží Komisi záměr v dobré víře uzavřít dohodu nebo, v případě veřejného návrhu smlouvy o koupi akcií, jestliže již veřejně oznámily záměr učinit takovýto návrh, za podmínky že zamýšlená dohoda či nabídka by vedla ke spojení s významem pro celou Unii. Čl. 4 odst. 2 Nařízení 139/2004 pak vymezuje okruh subjektů, kteří tuto notifikační povinnost mají, a to tak, že spojení podniků fúzí nebo ze získáním společné kontroly, musí být oznámeno společně účastníky fúze nebo stranami, které společnou kontrolu získaly. Ve všech ostatních případech mají notifikační povinnost osoby nebo podniky, které získaly kontrolu nad jedním nebo více podniky nebo nad jejich částmi.

4.2.4 Relevantní trh

Pro posouzení účinků spojení na hospodářskou soutěž je nezbytné řádné vymezení relevantního trhu.²⁴⁸ Kromě obecných východisek uvedených k této problematice v úvodní kapitole této práce, je třeba říci, že chce-li Komise rozhodnout o tom, že spojení je neslučitelné se společným trhem, musí provést poměrně precizní analýzu relevantního trhu a subjektů na něm působících, tj. velice detailně zjistit, jaká je na daném trhu aktuální struktura soutěže a jaké má s ohledem na vývoj tendence. Bez takto zaměřené analýzy by jen těžko mohla Komise předpovídat, jaký vliv by mělo spojení podniků na daný trh, resp. zda by strukturu trhu mohlo dané spojení negativně ovlivnit. Obecně je ale třeba doplnit, že spojení mezi podniky působícími na jiném trhu, obvykle nemá okamžitý potenciál vytvořit nebo posílit dominantní postavení na trhu v důsledku tohoto spojení. Nicméně ale platí, že čím větší je podíl na trhu, tím pravděpodobnější je, že spojení povede k významnému posílení tržní síly.²⁴⁹ Slučitelnost se společným trhem pak lze předpokládat u spojení podniků s omezeným podílem na trhu. V tomto

²⁴⁷ Tento test nahradil dřívější *tzv. dvoutřetinový test* – viz Tichý, L., Arnold, R., Zemánek, J., Král, R., Dumbrovský, T. Evropské právo, 4. vyd., Praha : C.H.Beck, 2011, str. 547

²⁴⁸ Pokyny pro posuzování horizontálních spojování podle nařízení Rady o kontrole spojování podniků (2004/C 31/03), odst. 27 – dostupné z - http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26107_cs.htm

²⁴⁹ Ibid., odst. 18

smyslu již původní Nařízení 4064/89²⁵⁰ a stejně tak i Nařízení 139/2004²⁵¹ uvedlo hranici tržního podílu na společném trhu nebo jeho podstatné části, která není-li překročena, lze předpokládat slučitelnost spojení se společným trhem, a to 25 %. Čl. 101 a 102 SFEU však tímto nejsou nijak dotčeny.²⁵² V porovnání s vymezením relevantního trhu v případě zneužití dominantního postavení, je třeba v případě spojování soutěžitelů vzít především v úvahu tzv. **geografické vymezení trhu**. Dle čl. 9 odst. 7 Nařízení 139/2004 vymezuje tento trh jako **zeměpisný referenční trh**, který je „...tvořen oblastí, ve které dotčené podniky působí v rámci poptávky po či nabídky výrobků a služeb, ve které jsou podmínky hospodářské soutěže dostatečně homogenní a kterou lze odlišit od sousedních oblastí zejména z toho důvodu, že podmínky hospodářské soutěže jsou v těchto oblastech znatelně odlišné.“

4.3 Formy koncentrací (spojení) podniků

V první řadě, odborná literatura²⁵³ rozlišuje mezi spojením v širším a užším smyslu. Za spojení v širším smyslu je považována jistá kooperace (společné podniky, strategické aliance, zájmová společenství, hospodářská sdružení apod.), vyznačující se především právní samostatností, ale dílem také hospodářskou samostatností (v oblastech mimo kooperaci). Naproti v případě spojení v užším smyslu účastníci spojení ztrácí svojí hospodářskou samostatnost (fúze a akvizice) a prostřednictvím převzetí podniku nebo založení nové podniku. Nařízení 139/2004 se pak vztahuje především na spojení v užším smyslu, nicméně i na případy určitého vlivu podniku (rozhodující vliv) na jiný podnik.²⁵⁴

Vzhledem k tomu, že vymezení formy spojení v zásadě nepředstavuje výkladový problém, a s ohledem na téma této práce, nebudeme při vymezení forem spojení zacházet do přílišných detailů, které nemají pro účel této práce až takový význam. Následující výklad proto bude spíše teoreticky podkladový, zaměřený na stručné seznámení s touto materií. Zde však ještě

²⁵⁰ Bod 15 preambule Nařízení 4064/89 – „...vzhledem k tomu, že spojování, které z důvodu omezeného podílu na trhu spojujících se podniků nemůže narušit účinnou hospodářskou soutěž, lze pokládat za slučitelné se společným trhem; že, aniž jsou dotčeny články 85 a 86 Smlouvy, existuje náznak v tomto smyslu, zejména tam, kde podíl na trhu daných podniků nepřesahuje 25 % na společného trhu nebo jeho podstatné části...“

²⁵¹ Bod 32 preambule Nařízení 139/2004 – „Spojení, které z důvodu omezeného podílu na trhu spojujících se podniků nemůže narušit účinnou hospodářskou soutěž, lze pokládat za slučitelné se společným trhem. Aniž jsou dotčeny články 81 a 82 Smlouvy, existuje náznak v tomto smyslu zejména tam, kde podíl daných podniků na trhu nepřesahuje 25 % na společného trhu nebo jeho podstatné části.“

²⁵² Ibid.; srov. také Pokyny pro posuzování horizontálních spojování podle nařízení Rady o kontrole spojování podniků (2004/C 31/03), odst. 18 – dostupné z http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26107_cs.htm

²⁵³ např. Wirtz, B.W. Mergers & Acquisition Management, Gabler, Weisbaden 2003, str. 13; srov. také Bejček, J. Soutěžní politika a fúze v evropském kontextu, Masarykova univerzita, Brno, 2010, str. 70

²⁵⁴ Ibid.

připomeňme, že veškeré formy spojení musí dosahovat tzv. *evropské dimenze*, tj. určitých obrátových kritérií, jak bylo vyloženo výše.²⁵⁵

Ve smyslu Nařízení 139/2004²⁵⁶ budou posouzení Komise podléhat taková spojení vytvářející trvalou strukturální změnu spojujících se podniků (definováno ve Sdělení Komise k otázkám příslušnosti podle Nařízení Rady (ES) č. 139/2004²⁵⁷), a to:

- **fúze** dříve na trhu samostatných subjektů. Může se jednat o fúzi sloučením (absorpci jednoho podniku druhým) nebo splynutím (vznik jednoho, nového, silného podniku splynutím dvou a více slabších podniků);²⁵⁸
- **nabytí podniku nebo části podniku** jiného účastníka soutěže.²⁵⁹ Zde se jedná o *akvizici*. Oproti fúzi je zde podstatné hledisko, resp. identifikace subjektu, jehož obrát bude zjišťován pro účely zásahu a notifikační povinnosti.²⁶⁰ Z hlediska možnosti vykonávat kontrolu nad jiným podnikem, zde však není rozdíl od fúze nijak podstatný
- **nabytí možnosti přímé nebo nepřímé kontroly nad jiným podnikem (soutěžitelem)** – Zde je příkladem nabytí obchodního podílu, s nímž je spojena většina hlasovacích práv, ale získáním minoritního podílu s právem veta (např. akcie se zvláštními hlasovacími právy). Pokud jsou akcie dostatečně rozptýleny akcie, může být schopen kontroly i zcela absolutně menšinový akcionář (v tomto smyslu může Komise podmínit schválení fúze požadavkem stažení zástupců minorit z představenstva);²⁶¹
- **vznik společné kontroly nad podnikem (joint-venture)** – musí se jednat o společně kontrolovaný podnik, který je však zároveň schopen dlouhodobě plnit všechny funkce samostatné hospodářské jednotky,²⁶² tj. musí mít k dispozici zdroje k trvalému

²⁵⁵ viz čl. 4.1.3 této práce

²⁵⁶ dle čl. 3 odst. 1 Nařízení 139/2004 – „*Spojení se považuje za vzniklé, jestliže dojde ke změně kontroly na trvalém základě v důsledku:*

a) fúze dvou či více původně nezávislých podniků nebo částí podniků, nebo

b) získáním, jednou či více osobami již kontrolujícími nejméně jeden podnik nebo jedním či více podniky, at' již na základě koupě cenných papírů nebo majetku, smlouvy či jiným způsobem, přímé nebo nepřímé kontroly nad celkem nebo částmi jednoho či více podniků.“

²⁵⁷ Sdělení Komise k otázkám příslušnosti podle nařízení Rady (ES) č. 139/2004, o kontrole spojování podniků (2008/C 95/01), str. 5 – dostupné na <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:CS:PDF>

²⁵⁸ Bejček, J. Soutěžní politika a fúze v evropském kontextu, Masarykova univerzita, Brno, 2010, str. 70 - 71

²⁵⁹ Zde se však musí jednat o podstatnou část majetku, jehož převzetí umožní kontrolu, přičemž zda je ona část majetku „podstatná“ podléhá zkoumání její kvality, tj. zda je této nabyté části majetku přiřaditelný příslušný obrát.

²⁶⁰ Bejček, J. Soutěžní politika a fúze v evropském kontextu, Masarykova univerzita, Brno, 2010, str. 71

²⁶¹ Ritter, L., Braun, W.D. European Competition Law: A Practitioner Guide, Third Edition, Kluwer Law International, 2004, str. 514

²⁶² Bejček, J. Soutěžní politika a fúze v evropském kontextu, Masarykova univerzita, Brno, 2010, str. 72

výkonu všech funkcí, které na trhu vykonávají ostatní společnosti.²⁶³ Je zde tedy podmínka plnohodnotnosti funkcí, přičemž pokud by nebyla splněna, existovala by možnost spojení posuzovat ve smyslu čl. 101 SFEU, jako zakázanou dohodu.

Naproti tomu, za ve smyslu Nařízení 139/2004 za koncentraci podniků nelze považovat²⁶⁴:

- **nabytí majetkové účasti bankami a pojišťovnami**, pokud nabytí majetkové účasti je pouze dočasné a slouží k následnému zcizení – toto zahrnuje obchodování cennými papíry za účelem prodeje celého podniku nebo jeho části, a to s tím, že takový převod je nutné uskutečnit do jednoho roku od okamžiku nabytí majetkové účasti (**tzv. bankovní klauzule**);²⁶⁵
- **získání kontroly nositelem veřejného pověření** - zde se jedná o situace, kdy se podnik dostane do insolvence a je na jeho majetek prohlášen konkurs, nebo mu byla povolena reorganizace či narovnání apod.
- **získání kontroly prostřednictvím tzv. účastnických společností** – zde je z působnosti nařízení vyňato získání kontroly uvedenými subjekty, pokud hlasovací práva spojená s nabytými podíly vedou toliko k zachování investice a neslouží přímo jen k účelovému určování chování kontrolovaného podniku (**tzv. lucemburská klauzule**).^{266,267}

²⁶³ Neruda, R. Společný podnik jako spojení soutěžitelů z pohledu práva na ochranu hospodářské soutěže, Právní rozhledy, č. 1, 2004, str. 8; nebo také Munková, J., Svoboda, P., Kindl, J. Soutěžní právo, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2006, str. 268 a násl.

²⁶⁴ čl. 3 odst. 5 Nařízení 139/2004 – „Spojení nevzniká, jestliže:

a) úvěrové instituce nebo jiné finanční instituce nebo pojišťovny, jejichž obvyklá činnost zahrnuje úkony a obchodování s cennými papíry na vlastní nebo cizí účet, jsou dočasnými držiteli cenných papírů, které získaly v určitém podniku za účelem jejich dalšího prodeje, pokud na základě těchto cenných papírů nevykonávají hlasovací práva z nich plynoucí, aby určovaly soutěžní chování daného podniku, nebo pokud tato hlasovací práva vykonávají pouze za účelem přípravy prodeje celého podniku nebo jeho části, či jeho majetku, nebo prodeje těchto cenných papírů s tím, že všechny tyto prodeje se uskuteční do jednoho roku ode dne, kdy tyto cenné papíry byly získány; tato lhůta může být na žádost prodloužena Komisí v případech, kdy takové instituce nebo pojišťovny mohou prokázat, že ve stanovené lhůtě nebyl prodej skutečně možný;

b) kontrolu získá osoba na základě právních předpisů členského státu, týkajících se zrušení podniku, konkurzu, platební neschopnosti, zastavení plateb, vyrovnání nebo podobných řízení;

c) úkony uvedené v odst. 1 písm. b) provádějí majetkově propojené společnosti uvedené v čl. 5 odst. 3 Čtvrté směrnice Rady 78/660/EHS ze dne 25. července 1978 založené na čl. 54 odst. 3 písm. g) Smlouvy, o ročních účetních závěrkách některých forem společností [6], avšak za předpokladu, že hlasovací práva spojená s nabytými podíly jsou vykonávána, zvláště pokud jde o jmenování řídících a dozorcích orgánů podniků, v nichž mají podíly, pouze za účelem zajištění plné hodnoty těchto investic a nikoliv aby bylo přímo či nepřímo ovlivňováno chování těchto podniků v hospodářské soutěži.“

²⁶⁵ Tichý, L., Arnold, R., Zemánek, J., Král, R., Dumbrovský, T. Evropské právo, 4. vyd., Praha : C.H.Beck, 2011, str. 546 - 547

²⁶⁶ Ibid.

²⁶⁷ Sdělení Komise k otázkám příslušnosti podle nařízení Rady (ES) č. 139/2004, o kontrole spojování podniků (2008/C 95/01), str. 5 – dostupné na - <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:CS:PDF>

4.4 Substantivní test

V předešlých odstavcích této práce jsme se zmínili o několika změnách, které do problematiky podnikových koncentrací přineslo Nařízení 139/2004 oproti dřívější právní úpravě. Kromě procesních změn, které měly po zkušenosti s aplikací Nařízení 4064/89, zajistit větší efektivnost postupu komise v rámci kontroly koncentrací podniků, doznalo změn i právo hmotné, a to zejm. kritérium pro vyslovení zákazu spojení. Dle dřívějšího nařízení bylo jediným kritériem po zákaz spojení podniků to, zda došlo posílení nebo získání dominantního postavení na trhu. Nařízení 139/2004 modifikovalo toto kritérium a definovalo novou podmínku v podobě „podstatné překážky soutěže“ (*significant impediment of effective competition*).

V právních úpravách soutěžního práva se lze setkat se třemi základními druhy substantivních testů. Prvním z nich je *test dominance* (*test vzniku a posílení dominantního postavení*) dále *test podstatného snížení konkurence* (*substantial lessening of competition test – SLC*) a konečně posledním z modelů je *test veřejného zájmu* (*public interest test*).²⁶⁸

Podstatou testu dominance je posouzení, zda spojením podniků dojde k posílení tržní moci tak, že tato nově nabytá moc mu umožní chovat se na trhu do značné míry nezávisle na konkurenci a spotřebitelích, tj. zda je v dominantním postavení, nebo jej podnik v důsledku spojení získal (obecně k otázce dominance viz 2. kapitola této práce). Základem je zde posouzení tržních podílů, resp. nejen tržních podílů spojovaných subjektů nebo koncentrovaného podniku, ale také ostatních konkurentů na trhu. K uvedenému je aplikován tzv. *Herfindahl-Hirschmannův index (HHI)*.²⁶⁹ Tento index je aplikován za účelem zjištění koncentrace na trhu před spojením a po něm. Dále je zkoumána finanční síla a zdroje subjektů, stupeň vertikální integrace, propojenost subjektů nebo také schopnost podniku obrátit se na jiné obchodní partnery apod.²⁷⁰

Test SLC je postaven na posouzení, zda v důsledku koncentrace podniků došlo, nebo může dojít k podstatnému snížení soutěže, resp. konkurence na relevantním trhu. Tento test však nevychází z toho, že podstatně snížit lze soutěž toliko za předpokladu, že koncentrovaný podnik je dominantní nebo získal dominantní postavení. Podstatná zde je pak otázka, zda spojení

²⁶⁸ Kokkoris, I. The Reform of the European Control Merger Regulation in the Aftermath of the Airtours case – the Eagerly Expected Debate: SLC vs. Dominance test, *European Competition Law Review*, No. 1, 2005, str. 41 - 44

²⁶⁹ blíže k otázce *Herfindahl-Hirschmannova indexu* – např. Neruda, R. Substantivní test v soutěžním právu, *Právní rozhledy*, 11/2008, 16. roč., str. 385, pozn. 4

²⁷⁰ srov. *Ibid.*, str. 385 a násl.

podniků povede k vytvoření nebo posílení tržní síly nebo ke zlepšení podmínek jejího využití.²⁷¹ Tento test tedy, oproti předešlému testu dominance, bere v úvahu více soutěžní podmínky na trhu, je díky němu možné přesněji posoudit ev. oligopolní dominanci, lze také lépe vyhodnotit existenci *efficiencies*, tj. přínosů ze spojení. Test SLC má historický základ např. USA, kde je upraven v čl. 7 Clayton Act.²⁷²

Posledním, je tzv. *test veřejného zájmu*. Podstatou tohoto testu je promítnutí veřejného zájmu do posouzení spojení tak, že koncentrace podniků může být povolena i v případě, že naruší hospodářskou soutěž, avšak na tomto spojení je veřejný zájem. Základem je pak zde, aby újma, která vznikne narušením hospodářské soutěže, byla dostatečně vyvážena přínosy, které přinese posuzované spojení.²⁷³

Nařízení 4064/89 ve svém čl. 2 odst. 2 stanovilo, že spojení, která *nevytvářejí ani neposilují dominantní postavení*, v jehož důsledku by byla *významně* narušena účinná hospodářská soutěž na společném trhu nebo na jeho podstatné části, se prohlásí za slučitelná se společným trhem. Komise přitom brala v úvahu při hodnocení spojení jednak potřebu zachování a rozvoje účinné hospodářské soutěže na společném trhu a dále tržní postavení dotyčných podniků a jejich hospodářskou a finanční sílu, stávající alternativy pro dodavatele a uživatele, jejich přístup k dodávkám nebo na trh, právní nebo jiné překážky vstupu na trh, směry vývoje nabídky a poptávky, pokud jde o příslušné zboží a služby, zájmy zprostředkovatelů a konečných spotřebitelů a technický a hospodářský vývoj, je-li to ku prospěchu spotřebitelů a nebrání to hospodářské soutěži.²⁷⁴ Z uvedeného plyne, že fúze, která nedosahovala hranice dominantního postavení, byla bez dalšího prohlášena za slučitelnou se společným trhem. Komise sice brala v úvahu řadu jiných faktorů v rámci posouzení koncentrace, nicméně tyto uvažovala až ve chvíli,

²⁷¹ Ibid., str. 386

²⁷² čl. 7 Clayton Act – „*No person engaged in commerce or in any activity affecting commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital and no person subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission shall acquire the whole or any part of the assets of another person engaged also in commerce or in any activity affecting commerce, where in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly. No person shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital and no person subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission shall acquire the whole or any part of the assets of one or more persons engaged in commerce or in any activity affecting commerce, where in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, the effect of such acquisition, of such stocks or assets, or of the use of such stock by the voting or granting of proxies or otherwise, may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly.*“ – dostupné na - <http://www.stolaf.edu/people/becker/antitrust/statutes/clayton.html>

²⁷³ Neruda, R. Substantivní test v soutěžním právu, Právní rozhledy, 11/2008, 16. roč., str. 386

²⁷⁴ čl. 2 odst. 2 Nařízení 4064/89 - COUNCIL REGULATION (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings – dostupné z - <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989R4064:EN:HTML>

kdy bylo zjištěno, že ono kritérium dominantního postavení je prolomeno. Tj. i fúze, která založila nebo v jejímž důsledku bylo posíleno dominantní postavení, nemusela být nutně bez dalšího prohlášena za neslučitelnou se společným trhem. Tento *test dominance* však dle některých názorů nedokázal předem zachytit všechny hrozby pro soutěž, které by mohly z fúze nastat. Na druhou stranu bylo začlenění testu dominance do původního nařízení o koncentracích výhodné, neboť ESD by již v té době vypořádán s pojmem „dominantní postavení“ a v této otázce existuje výkladová shoda i s Komisí.²⁷⁵ Přesto je v tomto smyslu zajímavé, že až do konce účinnosti Nařízení 4064/89 nebyla vyřešena otázka, a totiž, zda se Substantivní test obsažený v tomto nařízení nesestává z dvou testů. Ani ESD na tuto otázku nedokázal jednoznačně odpovědět na otázku, zda pro účely prohlášení spojení za neslučitelné se společným trhem postačí konstatování, že je podnik v dominantním postavení, nebo že jej spojením získal.²⁷⁶ Z uvedených důvodů byla přijata koncepce *podstatného snížení (narušení) hospodářské soutěže*, která má být schopna zachytit jak *jednostranné*,²⁷⁷ tak i *koordinované*²⁷⁸ účinky fúzí.²⁷⁹

S ohledem na cíle politiky kontroly podnikových koncentrací (viz výše v této práci) byl v novém Nařízení 139/2004 upraven nový test SIEC (*significant impediment of effective competition*), a to v ust. čl. 2 odst. 3 cit. nařízení, dle kterého spojení, které zásadně naruší účinnou hospodářskou soutěž na společném trhu nebo na jeho podstatné části, zejména v důsledku vzniku nebo posílení dominantního postavení, bude prohlášeno za neslučitelné se společným trhem.²⁸⁰ Z uvedeného ustanovení tedy vyplývá, že není vyloučen zákaz spojení v případě, že test dominance nebyl splněn, tj. postačuje, pokud bude narušena hospodářská soutěž, avšak test dominance jako takový rovněž zůstal.²⁸¹ Podoba současného substantivního testu je tedy kombinací jak testu dominance, tak testu SLC. Naproti testu v Nařízení 4064/89,

²⁷⁵ K otázce dominantního postavení blíže viz 2. kapitola této práce.

²⁷⁶ Luescher, Ch. Efficiency Considerations in European Merger Control – Just Another Battle for the European Commission, Economists and Competition Lawyers?, *European Competition Law Review*, No. 2, 2004, str. 74

²⁷⁷ Jednostranné, neboli nekoordinované efekty fúzí spočívají v odstranění konkurenčních podniků na trhu v důsledku fúze. To má za následek snížení soutěžního tlaku na zůstanuvší podniky. Pokud koncentrovaný podnik zvýší ceny produktů, pak spotřebitel nakoupí u subjektu stojícího mimo fúzi, což však tento subjekt bude rovněž motivovat k tomu, aby rovněž ceny svých produktů zvýšil.

²⁷⁸ Koordinované jednání je chápáno jako důsledek snížení počtu podniků na trhu, které může vést ke kolektivní dominanci (viz výše – čl. 2.2 této práce). Takové snížení konkurence zvyšuje pravděpodobnost, že dojde ke koordinaci zbylých podniků, a to bez toho, aby se dopustily restriktivních praktik ve smyslu čl. 101 SFEU. Této situaci pak napomáhá přehlednost trhu. – viz Bejček, J. Soutěžní politika a fúze v evropském kontextu, Masarykova univerzita, Brno, 2010, str. 105 - 106

²⁷⁹ Dubow, B., Elliot, D., Morrison, E. Unilateral Effect and Merger Simulation Models, *European Competition Law Review*, No. 2, 2004, str. 114

²⁸⁰ čl. 2 odst. 3 Nařízení 139/2004 - COUNCIL REGULATION (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation) – dostupné z - http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26096_en.htm

²⁸¹ Vickers, J. Merger Policy in Europe: Retrospect and Prospect, *European Competition Law Review*, No. 7, 2004, str. 455

tento nový Substantivní test nevyžaduje jako podmínku zákazu spojení skutečnost, že podnik je nebo spojením získal, nebo posílil své dominantní postavení. Přes zřejmou promyšlenost nové úpravy k zajištění zachycení jak jednostranných, tak i koordinovaných účinků fúze, *Neruda* poukazuje na problém v tom smyslu, že pojem „podstatného narušení hospodářské soutěže“ je třeba vykládat restriktivně, a to tak, že kromě situací, kdy vede spojení k podstatnému narušení hospodářské soutěže v důsledku vzniku nebo posílení dominantního postavení, se vztahuje už jen na protisoutěžní efekty spojení plynoucí z nekoordinovaných jednání nedominantních podniků.²⁸² *Neruda* dále uvádí, s odkazem na odbornou literaturu,²⁸³ že aplikace nového testu nevedla k častějším intervencím Komise a nadto i nadále, stejně jako v době předešlé, je téměř vždy výlučným podkladem pro závěr, že spojení vede k podstatnému narušení účinné hospodářské soutěže na trhu zjištění, že v důsledku fúze či akvizice dojde k posílení nebo vzniku dominantního postavení.²⁸⁴ Lze tedy uzavřít, že přes změnu substantivního testu, lze z prozatímní aplikační praxe dovodit, že *de facto* je to „dominantní postavení“, které je základem pro posouzení účinků spojení na trh.

Pokud jde o aplikaci testu SIEC na aplikaci jednotlivých typů negativních dopadů spojení na trh je třeba říci, že Komise pro tyto účely vydala *Pokyny pro posuzování horizontálních spojení*. S těmito pokyny jsme pracovali již předešlých dvou kapitolách této práce, a to jak ve vztahu k otázce dominantního postavení, tak v případě otázky jeho zneužití. Pro úplnost je však třeba doplnit, že předmětný dokument Komise rozlišuje dvě situace, kdy spojení vede k podstatnému narušení hospodářské soutěže. Příkladem první situace je *odstranění významného konkurenčního tlaku* na podnik, který zvýší svojí tržní sílu, a to bez jakékoli koordinace mezi subjekty (tzv. *nekoordinované efekty*²⁸⁵). Druhým případem jsou tzv. *koordinované efekty*, kdy podniky zůstanuvší na narušeném trhu začnou mezi sebou koordinovat, resp. vzniká riziko kolektivní dominance. Co se týká konkrétních podob negativních dopadů té či oné situace, odkazují na 2.a 3. kapitulu, kde byly hrozby spojené s dominantním postavením, kolektivním dominantním postavením i zneužitím dominantního postavení blíže popsány. Nedošlo sice k vymezení těchto negativních dopadů přímo v souvislosti se zkoumáním trhu v rámci SIEC testu, avšak bez dalšího se i takto lze uvedený výklad na tuto situaci použít, neboť smyslem *ex ante* kontroly je sledování a vyhodnocování struktury trhu, tak aby na tomto trhu nedošlo právě

²⁸² *Neruda, R.* Substantivní test v soutěžním právu, *Právní rozhledy*, 11/2008, 16. roč., str. 388; srov. také *Munková, J., Svoboda, P., Kindl, J.* Soutěžní právo, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2006, str. 341 - 342

²⁸³ *Faull, J., Nikpay, A.* The EC Law of Competition, Second edition, New York, Oxford University Press, 2007, str. 467 - 468

²⁸⁴ *Ibid.*, str. 388 - 389

²⁸⁵ Vznik nebo posílení dominantního postavení, nebo vznik nekoluzivního oligopolu.

ke zneužití dominantního postavení (tj. lze zde aplikovat skutkové podstaty zneužití vč. všech jejich modifikací) nebo aby nedošlo k takovému snížení počtu soutěžitelů, že je soutěž téměř vyloučena nebo podstatně omezena (toto je příklad také kolektivního dominantního postavení a chování podniků na oligopolních trzích – viz výše)

Závěrem k této kapitole tedy zbývá již jen ve stručnosti uvést, že ***spojení podniků nesmí být uskutečněno***, před jeho povolením ze strany Komise, tj. rozhodnutím, že spojení je slučitelné se společným trhem. Toto však nebrání uskutečnění veřejného návrhu smlouvy o koupi akcií nebo sledu operací s cennými papíry, včetně těch převoditelných do jiných cenných papírů, přijatých k obchodování na trhu jakým je burza cenných papírů, v jejichž důsledku je od rozdílných prodávajících získána kontrola za podmínky, že spojení bude neprodleně oznámeno Komisi a nabyvatel nevykonává hlasovací práva spojená s těmito cennými papíry nebo tak činí pouze s cílem zachovat plnou hodnotu svých investic na základě výjimky udělené Komisí (viz výše v této práci).²⁸⁶ Dle ust. čl. 7 odst. 3 Nařízení 139/2004 pak dále platí, že Komise může na základě žádosti udělit výjimku z povinností, jak jsou výše specifikovány výjimku, přičemž vezme v úvahu mimo jiné dopady odkladu uskutečňování spojení na jeden nebo více podniků, kterých se spojení týká, nebo na třetí stranu a hrozbu pro hospodářskou soutěž představovanou tímto spojením. Komise pak udělení výjimky může být podmínit splněním podmínek a povinností zajišťujících podmínky účinné hospodářské soutěže. O výjimku je možné požádat a může být udělena Komisí kdykoliv, ať již před oznámením či po uskutečnění transakce.²⁸⁷ K vynucení těchto podmínek má Komise samozřejmě k dispozici systém sankčních opatření v podobě jednak nesplatnosti provedené transakce²⁸⁸ nebo také pokuty až do výše 10 % celkového obrátu dotčeného podniku.²⁸⁹

²⁸⁶ čl. 7 odst. 2 Nařízení 139/2004

²⁸⁷ čl. 7 odst. 3 Nařízení 139/2004

²⁸⁸ viz čl. 7 odst. 4 Nařízení 139/2004

²⁸⁹ Pokuty jsou ve smyslu čl. 14 odst. 2 Nařízení 139/2004 ukládány, pokud podnik:

„a) neoznámí spojení; b) uskuteční spojení v rozporu s článkem 7 Nařízení; c) uskuteční spojení prohlášené za neslučitelné se společným trhem rozhodnutím podle čl. 8 odst. 3 Nařízení nebo nepřijmou opatření nařízená rozhodnutím podle čl. 8 odst. 4 nebo 5 Nařízení; nebo d) nesplní podmínku nebo povinnost uloženou rozhodnutím podle čl. 6 odst. 1 písm. b), čl. 7 odst. 3 nebo čl. 8 odst. 2 druhého pododstavce Nařízení.“

5. Dvojkoľejnosť právni úpravy dominantního postavení – vybrané problémy

V předešlých kapitolách této práce jsme se zabývali hmotněprávní otázkou dominantního postavení v soutěžním právu EU. Dominantní postavení na trhu, je potom zásadní otázkou v rámci soutěžní politiky a právní úpravy restriktivních praktik obsažené v čl. 102 SFEU zaměřené na zneužití dominantního postavení na trhu a také právní úpravy kontroly podnikových koncentrací obsažené v Nařízení 139/2004, jehož cílem je zabránění strukturálním změnám právě zejm. v důsledku nabytí nebo posílení dominantního postavení v důsledku spojení podniků. Sluší se zde také připomenout, že před přijetím první právní úpravy kontroly podnikových koncentrací (Nařízení 4064/89) to byl právě čl. 82 SES (nyní čl. 102 SFEU), který byl aplikován Komisí a ESD na spojení podniků, a to v podobě tzv. strukturálního zneužití dominantního postavení. Z uvedeného tedy plyne, že otázka dominantního postavení podniku je v případě obou těchto právních úprav zásadní. Jinak řečeno, obě právní úpravy regulují otázku dominantního postavení podniku, každá z nich samozřejmě poněkud jiným způsobem, přičemž čl. 102 SFEU coby *ex post* kontrola chování podniků v dominantním postavení, jejímž cílem je zamezení zneužití tohoto postavení a na druhé straně Nařízení 139/2004 coby kontrola *ex ante*, sloužící k ochraně hospodářské soutěže před podstatnými strukturálními změnami, které by mohly narušit (snížit) hospodářskou soutěž právě v zejména v důsledku nabytí nebo posílení dominantního postavení. Právní úprava podnikových koncentrací má tedy sloužit jako preventivní nástroj k tomu, aby nedocházelo ke zneužití dominantního postavení, které by podnik spojením mohl dosáhnout nebo k podstatnému omezení nebo vyloučení soutěže.

Podíváme-li se však na obě právní úpravy (jak bylo vyloženo v kapitole 3. a 4. této práce) nabízí se zde otázka, proč, když obecně není dominantní postavení samo o sobě protiprávní a původně bylo sankcionováno toliko v rámci kontroly *ex post* až jeho zneužití, existuje právní úprava, která vzniku dominantního postavení brání jen proto, že bylo dosaženo právní cestou (spojení podniků) a nikoli přirozeným vývojem soutěže, kde silní hráči díky svým výjimečným kvalitám jednoduše vytlačí svojí konkurenci na okraj. Nakonec otázka spojení soutěžitelů je vyřešena ve většině vnitrostátních úprav vyspělých zemí a smysl její existence je odůvodněn nejen růstem trhu, zejm. pak trhu vnitřního a vývojem soutěže, ale také možnostmi technologických inovací, expanzí na jiné trhy atd., což nemusí nutně znamenat samo osobě omezení soutěže, i kdyby se jednalo o dominantní podnik a mnohdy je tomu naopak. Argumenty, které vedly ke vzniku Nařízení 4064/89 vyvstaly zejm. ze skutečnosti, že nebyl dobudován

vnitřní trh, ba co více, bylo plánováno jeho rozšiřování spojené přistupováním evropských zemí do ES. Přesto, může zájem na dobudování vnitřního trhu a tedy budování procesu soutěže převážet nad soukromými zájmy, zejm. pak užívání svého vlastnického práva ke zdrojům, smluvní svobodu a v neposlední řadě také do značné míry omezit volný pohyb kapitálu v rámci vnitřního trhu, přičemž právě existence volného pohybu kapitálu podmiňuje existenci ostatních tržních svobod v podobě volného pohybu zboží, služeb a osob? Nepochybně lze konstatovat, že v této oblasti je právní úprava dominantního postavení dvojkolejná a zejm. Nařízení 139/2004 do jisté míry tyto tržní svobody omezuje vč. užívání vlastnického práva, na druhé straně však lze pochopit snahu budovatelů vnitřního trhu o jeho dostavění, které se však nemůže obejít bez určitého stupně omezení jinak základních parametrů vnitřního trhu, tj. pokud bylo cílem spojení států do EU dobudovat vnitřní trh, pak lze říci, že regulace soutěže směřující do její struktury je odůvodnitelná a bylo tak činěno ve veřejném zájmu na zachování účinné hospodářské soutěže. Ovšem nabízí se potom otázka, vycházejí z toho, že vnitřní trh je již dobudován, a to, zda regulace zejm. kontroly podnikových koncentrací není již v tomto okamžiku nadbytečná, resp. do jaké míry je stále odůvodněně omezení tržních svobod, smluvní svobody a vlastnického práva soutěžitelů k jejich zdrojům Nařízením 139/2004 (které bylo mimochodem přijato zejm. s ohledem na rozšiřování vnitřního trhu přistupovací vlnou v roce 2004), když cíle Unie v podobě vybudování vnitřního trhu již bylo dosaženo?

S ohledem na uvedené otázky a polemiky nad dvojkolejností právní úpravy dominantního postavení, se budeme v následujících článcích této práce primárně zabývat zejm. mírou (de)regulace v rámci soutěžního práva a v neposlední řadě již položenými otázkami střetu veřejného zájmu na zachování účinné hospodářské soutěže a soukromých zájmů podniků a ostatně i obecných cílů soutěžního práva.

Tato kapitola se obecně bude zabývat vybranými problémy, takže kromě úvah nad mírou regulace soutěže, se zde budeme věnovat též otázce aplikovatelnosti konceptu tzv. strukturálního zneužívání dominantního postavení vzešlého z rozhodnutí ESD ve věci *Continental Can*, dále také otázkou aplikovatelnosti konceptu *významné tržní síly*, který se objevil ve vnitrostátních právních úpravách, a který by mohl řešit ev. nedostatky čl. 102 SFEU namísto Nařízení 139/2004. Konečně, předmětem této kapitoly bude též otázka vhodnosti *ex ante* kontroly v soutěžním právu, demonstrována na příkladu sektorové regulace a v neposlední řadě se budeme zabývat otázkou aplikace obecného soutěžního práva ve smyslu tzv. evropské dimenze, tj.

potřebné míry narušení účinné hospodářské soutěže při aplikaci čl. 102 SFEU a Nařízení 139/2004.

5.1 Význam dominantního postavení dle čl. 102 SFEU a dle Nařízení 139/2004...

Dominantní postavení, jak už bylo mnohokrát řečeno, je spojujícím prvkem právní úpravy restriktivních praktik ve smyslu čl. 102 SFEU i kontroly spojování podniků dle Nařízení 139/2004. Než se budeme věnovat specifitějším problémům v této oblasti, je z tohoto pohledu nutné (přestože se to může zdát nadbytečné) poměřit význam dominantního postavení dle obou výše rozebraných evropských právních úprav. Toto srovnání totiž osvětluje povahu regulace tohoto jevu, resp. co je vlastně regulováno a co je smyslem regulace ve vztahu k cílům soutěžního práva.

Z relevantních kapitola této práce a zejm. z díkce obou právních úprav vyplývá, že v případě zneužití dominantního postavení, má dominantní postavení podniku význam jen potud, že z tohoto podniku vytváří adresáta čl. 102 SFEU pokud by zamýšlel tohoto dominantního postavení zneužít, neboť pohledem tohoto ustanovení, samo dominantní postavení, jeho získání nebo posílení protisoutěžní jednání nezakládá, pokud tohoto podnik nedosáhl praktikou čl. 102 SFEU zakázanou. Tedy, dominantní postavení se zde zkoumá zejm. pro účely zjištění, zda došlo k restriktivní praxi v takovém rozsahu, že by mohla být narušena nebo snížena účinná hospodářská soutěž, neboť praktika obdobná, provedená nedominantním podnikem, by zřejmě takové dopady na soutěž neměla, naopak by se podnik takovým jednáním zřejmě sám poškodil, neboť reakce silnějších konkurentů by mohla jeho tržní pozici oslabit. Sebepoškozování podniků chybným rozhodováním zakázané není a soutěžní právo ani neslouží k tomu, aby takováto chybná rozhodnutí podniků napravovalo, navíc čl. 102 SFEU neslouží ani k tomu, aby primárně chránil zájmy soutěžitelů nebo spotřebitelů, ale strukturu trhu, tj. samotnou soutěž.

Význam dominantního postavení podniku dle Nařízení 139/2004 je poněkud komplikovanější v důsledku změny substantivního testu, který byl obsažen v původním Nařízení 4064/89. Dle původního Nařízení 4064/89 bylo v rámci substantivního testu při spojování podniků zjišťováno, zda koncentrovaný podnik získal nebo posílil své dominantní postavení na trhu, tj. šlo čistě o test dominance, kde význam dominantního postavení byl tedy signifikantní. Ve smyslu tohoto testu v podání Nařízení 4064/89 byla prohlášena za slučitelná se společným trhem ta spojení, která nevytvářela ani neposilovala dominantní postavení na společném trhu nebo jeho podstatné části, tj. spojení, které neposilovalo dominantní postavení, ani jej nezískalo,

bylo prohlášeno za slučitelné se společným trhem bez dalšího. Pokud koncentrovaný podnik dominantního postavení dosáhl nebo jej posílil, Komise uvažovala další hlediska s ohledem na strukturu trhu, tj. mohlo se stát, že i takové spojení bude nakonec povoleno. Ovšem mám za to, že i spojení, která nedosahují dominantního postavení, mohla významně narušit hospodářskou soutěž ve smyslu uvedeného nařízení, což Komise zřejmě cíleně přehlížela. S novým Nařízením 139/2004 přišel nový substantivní test v podobě *testu podstatného snížení účinné hospodářské soutěže* (SIEC), který byl reakcí na kritiky, že test dominance není schopen pokrýt všechny účinky fúzí (viz čl. 4.3 této práce). Tento test formálně změnil význam otázky dominantního podniku, když ust. čl. 2 odst. 3 cit. nařízení stanovuje, že spojení, které zásadně naruší účinnou hospodářskou soutěž na společném trhu nebo na jeho podstatné části, zejména v důsledku vzniku nebo posílení dominantního postavení, bude prohlášeno za neslučitelné se společným trhem. Z uvedeného tedy plyne, že za neslučitelné se společným trhem může být prohlášeno i spojení, které neposiluje ani nevytváří dominantní postavení. Zdálo by se tedy, že Komise dostala mnohem širší prostor pro to, aby toto nařízení bylo na spojení podniků aplikováno, nicméně ani nyní s novým substantivním testem k masovému zakazování spojování ze strany Komise nedochází. Přičemž i přes zřejmě novou povahu substantivního testu, musí být pojem „podstatného narušení hospodářské soutěže“ vykládán restriktivně. Z nynější aplikace nařízení lze proto dovodit, že i nadále je pro posouzení účinků spojení na trhu základním východiskem zjištění dominantního postavení.

K významu dominantního postavení v případě podnikových koncentrací lze tedy uzavřít, že dominantní postavení z pohledu praxe bylo a je i nyní základním pojítkem mezi spojením a jeho zakázáním. Naproti tomu, že kontura čl. 102 SFEU je v tomto ohledu velice ostrá, neboť dominantní postavení, resp. jeho zjištění je samotnou podmínkou jeho aplikace – není tedy problémem, který je regulován, ale vlastností podniku, který kromě dominantního postavení má dále zvláštní odpovědnost účinnou hospodářskou soutěž nenarušovat. V případě kontroly podnikových koncentrací je však povaha dominantního postavení jiná, neboť právě tak je regulována, resp. jeho dosažení nebo posílení a v tomto případě tedy znamená nežádoucí stav, proti kterému Nařízení 139/2004 směřuje. Mohlo by se zdát, že v tomto ohledu jde o banální zjištění, avšak pokud se zamyslíme nad povahou soutěžního práva EU, uvážíme jeho cíle vč. cílů vnitřního trhu a zájmů členských států, nutně nás to dovede k otázce, jak je možné, že unijní právo na jedné straně vychází z toho, že intenzivní hospodářská soutěž přirozeně vytváří dominanty na trhu a je to správně, jen je regulováno jejich následné chování (čl. 102 SFEU) a vzápětí v dominantním postavení spatřuje cosi nežádoucího, vnitřnímu trhu škodlivého, když

brání jeho získání nebo posílení, a to jen proto, že ho může být dosaženo cestou právní a nikoli přirozenou. Skoro by se zde zdálo, že Komise byla vedena úvahou typu „co bylo doposud, jen těžko změníme, ale co je nyní budeme regulovat ze všech stran, aby byla zachována naše představa o vnitřním trhu.“ Podstatné zde ale je, zda tento různý pohled na tutéž věc je sám o sobě problémem, který by měl být napraven a pokud ano, tak je také důležité zjištění, čemu škodí, aby bylo možné uvažovat o způsobu řešení. Nebo naopak, zda je nutné tento různý pohled akceptovat, neboť je účinné soutěži prospěšný. Pokud bychom však odůvodňovali akceptaci tohoto stavu regulace, je třeba se také vypořádat s právními otázkami směřujícími do ospravedlnitelného omezení tržních svobod, které unijní právo zaručuje, resp. mírou jejich potlačení ve veřejném zájmu na zachování účinné hospodářské soutěže. V následujících částech této práce se proto pokusíme na věc pohlédnout komplexněji a pojmenovat možné problematické momenty rozebírané materie, abychom se potom mohli pokusit odpovědět na otázky položené v úvodu této práce.

5.2 Koncept strukturálního zneužití dominantního postavení – *Continental Can*

Právním pojítkem čl. 102 SFEU a Nařízení 139/2004 bylo rozhodnutí ESD ve věci *Continental Can*,²⁹⁰ kde soud vykonstruoval koncept tzv. *strukturálního zneužití dominantního postavení*, který měl řešit nedostatek právní úpravy zneužití dominantního postavení právě ve vztahu ke spojování podniků. Vzhledem k tomu, že zde polemizujeme nad tím, zda právní úprava spojování podniků má být součástí obecného soutěžního práva EU s ohledem na její poněkud omezující charakter ve vztahu k podnikům v rámci soutěže, budeme se zabývat otázkou, zda právě tento koncept by byl vhodnou alternativou současného Nařízení 139/2004. Komise zřejmě tohoto názoru nebyl, když iniciovala vznik tohoto Nařízení, přesto se jedná o jeden ze zásadních pohledů na společný jmenovatel obou rozebíraných právních úprav.

5.2.1 Rozhodnutí ve věci *Continental Can*

V první řadě je třeba se zabývat okolnostmi vzniku tohoto rozhodnutí. Komise se dne 9. 4. 1970 rozhodla zahájit řízení proti společnosti Continental Can a její pobočce Europemballage, neboť tato pobočka získala většinu akcií společnosti TDV, a tedy získala kontrolu nad touto společností. Komise v roce 1971 v této věci shledala porušení čl. 86 Smlouvy (nyní čl. 102 SFEU) a odůvodnila své stanovisko tím, že bylo zjištěno, že společnost Continental Can Inc., New York, prostřednictvím svých poboček Schmalbach-Lubeca-Werke AG v Brunswicku disponuje dominantním postavením na podstatné části Společného trhu lehkých obalů pro konzervaci masa, ryb a koryšů, a na trhu s

²⁹⁰ rozhodnutí ESD ve věci *Continental Can*, 6/72

kovovými uzávěry skleněných obalů, a zneužila svého dominantního postavení tím, že prostřednictvím své pobočky Europemballage Corporation nakoupila v dubnu 1970 asi 80 % akcií a dluhopisů Holandské společnosti Thomassen & Drijver-Verblifa N. V. z Deventeru (TDV). Tento nákup měl prakticky důsledek znemožnění soutěže v oblasti výše uvedených obalů na podstatné části Společného trhu.²⁹¹ Společnost Continental Can samozřejmě požadovala, aby ESD prohlásil uvedené rozhodnutí Komise za neplatné. Společnost Continental Can potom v tomto návrhu uvedl, že Komise se svým rozhodnutím založeným na chybné interpretaci čl. 86 Smlouvy EHS (čl. 102 SFEU) snaží kontrolovat fúze podniků využívajících svých pravomocí, kdy tato snaha je v rozporu s úmysly autorů Smlouvy, které jsou zřejmé nejen z doslovného výkladu ustanovení čl. 86 Smlouvy, ale též ze srovnání Smlouvy a národních právních úprav členských států. Toto své tvrzení opřela společnost Continental Can o demonstrativní výčet skutkových podstat zneužití dominantního postavení v čl. 86 (nyní čl. 102 SFEU), kde se Komisí popsané jednání samozřejmě nevyskytovalo,²⁹² nadto poukazoval na výklad čl. 86, podle kterého může být jednání podniku v dominantním postavení považováno za zneužití takového postavení pouze v tom případě, že vytváří prostředky ke zneužití takového postavení, přičemž strukturální opatření podniků, jakým je i posílení dominantního postavení cestou fúze, neznamenaají ještě zneužití dominantního postavení ve smyslu čl. 86 Smlouvy. Společnost Continental Can tedy uzavřela, že rozhodnutí Komise o porušení čl. 86 Smlouvy postrádá právní základ.²⁹³

ESD se při řešení této věci zprvu zabýval otázkou, zda pojem "zneužití" užitý v čl. 86 se vztahuje pouze na chování podniků, které může přímo ovlivnit trh a je určující z hlediska výroby, prodeje, kupujících či spotřebitelů nebo zda se tento pojem týká *i změny ve struktuře podniků, která může vést k zásadnímu narušení hospodářské soutěže*²⁹⁴ na podstatné části Společného trhu. ESD potom však neshledal rozdíl mezi jednáním, které se týkají struktury podniků a jednáním, které ovlivňuje trh, jako podstatný s tím, že jakákoli strukturální změna může ovlivnit podmínky trhu, pokud zvyšuje objem a ekonomickou sílu určitého podniku.²⁹⁵ Odpověď na položenou otázku ESD hledal v obecném významu a doslovném znění čl. 86 Smlouvy a konečně také v principech ukotvených samotnou Smlouvou a poukázal na otázku společné politiky založené na čl. 3 písm. f) Smlouvy, podle něhož činnost Společenství musí zahrnout i systém, který by zajistil, aby v rámci Společného trhu nebyla ohrožena hospodářská soutěž a zdůraznil, že čl. 3 pokládá plnění cílů zde

²⁹¹ rozhodnutí Komise ve věci *Continental Can* ze dne 9. 12. 1971, 1972 L 7/25, odst. 1

²⁹² rozhodnutí ESD ve věci *Continental Can*, 6/72, odst. 19

²⁹³ Ibid., odst. 19

²⁹⁴ Ibid., odst. 20

²⁹⁵ Ibid., odst. 21

stanovených za nezbytné pro plnění úkolů Společenství.²⁹⁶ Soud v tomto duchu doplnil, že pokud čl. 3 Smlouvy má zaručovat nenarušenost soutěže, nesmí být potom soutěž ani znemožněna a dále poukazuje na čl. 2 Smlouvy, podle kterého je jedním z úkolů Společenství prohlubovat harmonický rozvoj ekonomických aktivit, přičemž omezení hospodářské soutěže, které Smlouva umožňuje za určitých podmínek z důvodů nezbytné harmonizace plnění cílů Smlouvy, je limitováno požadavky čl. 2 a 3 Smlouvy. Překročení tohoto omezení by vedlo k riziku, že oslabení konkurence by bylo v rozporu s cíly Společného trhu. ESD se také zabýval systematikou soutěžního práva Společenství obecně a smysl subsumpce spojení podniků v tomto případě pod čl. 86 Smlouvy ilustroval tak, že omezení soutěže, které je zakázáno, pokud je výsledkem chování spadajícího pod ustanovení čl. 85 (zakázané dohody) se nemůže stát povoleným proto, že takové chování je spojeno s dominantním postavením podniku a vyústí posléze ve fúzi dotyčných podniků. V případě absence výslovné úpravy nelze potom dle názoru ESD předpokládat, že Smlouva, která zakazuje v čl. 85 určitá rozhodnutí o běžném sdružení podniků, jež by omezila soutěž, aniž by je přesně vypočetla, by povolila v čl. 86, aby podniky po fúzi do jednoho subjektu získaly takové dominantní postavení, které by znemožnilo jakoukoli skutečnou hospodářskou soutěž,²⁹⁷ a v tomto smyslu upozornil, že opačná právní interpretace by mohla narušit celé soutěžní právo, což by mohlo vést k ohrožení Společného trhu a jeho řádného fungování, neboť pokud by k tomu, aby se vyloučil zákaz obsažený v čl. 85, stačilo zřídit tak úzké spojení mezi podniky, že by se tyto podniky vyhnuly zákazu čl. 85 Smlouvy, aniž by se na ně vztahovalo ustanovení čl. 86 Smlouvy, potom by, v rozporu se základními principy Společného trhu, bylo připuštěno rozdělení podstatné části trhu.²⁹⁸

ESD potom jednoznačně konstatoval, že obecné soutěžní právo, resp. jeho dílčí ustanovení, není možné interpretovat způsobem vzájemně si odporujícím, protože tato ustanovení sledují stejný cíl. Rovněž také znovu potvrdil demonstrativnost výčtu skutkových podstat zneužití dominantního postavení ve smyslu čl. 86 odst. 2 Smlouvy (nyní čl. 102 odst. 2 SFEU). ESD potom uzavřel, že z písm. (b) a (c), čl. 86 odst. 2 Smlouvy vyplývá, že se předmětná ustanovení vztahují nejen na praktiky, které mohou přímo poškodit spotřebitele, ale i na chování, které mohou spotřebitele ovlivnit tím, že mají dopad na efektivnost hospodářské soutěže tak, jak to uvádí čl. 3 písm. (f) Smlouvy. Zneužití tedy může dle názoru soudu nastat i v případě, když podnik, který má již dominantní postavení posílí toto své postavení způsobem a do té míry, že takový stupeň dominantního postavení podstatně omezuje hospodářskou soutěž, což soud považoval za zakázané

²⁹⁶ Ibid., odst. 23

²⁹⁷ Ibid., odst. 25

²⁹⁸ Ibid., odst. 25

dle čl. 86 Smlouvy a doplnil, že tento zákaz platí bez ohledu na způsob a prostředky, kterými toho bylo dosaženo.²⁹⁹

5.2.2 Shrnutí a závěrečné návrhy

Z výše uvedeného vyplývá, že na spojení podniků bylo možné aplikovat (nyní) čl. 102 SFEU, kdy ESD k tomuto došel výkladem o smyslu cílů soutěžního práva a principů samotné Smlouvy. Konečně, ESD vyšel též ze samotné logiky samotného práva, když poznamenal, že jeho příslušná ustanovení sledující stejný cíl (čl. 101 a 102 SFEU) nelze vykládat rozporně tak, aby to, co zakáže jeden, umožnil ten druhý. Je zde poněkud zajímavá paralela s rozebíraným tématem, neboť čl. 102 SFEU zakazuje až zneužití dominance a Nařízení 139/2004 jí cíleně brání - zde je potom rozdíl v tom, že právní úprava zakázaných dohod a zneužití dominantního postavení je upravena v základní smlouvě – SFEU a kontrola podnikových koncentrací „pouze“ prostřednictvím nařízení. Nicméně to nemění nic na tom, že všechny tyto prvky náleží do systému soutěžního práva EU, který musí v rámci svého efektivního fungování být prostý vzájemného rozporu a jako celek naplňovat základní cíl soutěžního práva v podobě účinné hospodářské soutěže na společném trhu. Rozporný výklad a aplikace, jako by se to mohlo zdát v námi rozebíraném případě, působí škodlivě, neboť dovedeno do důsledků, jak čl. 102 SFEU přímo, tak i Nařízení 139/2004 nepřímo, brání zneužití dominantního postavení. Z tohoto je zcela patrné, že jednak Komise při vzniku regulace koncentrace podniků chtěla bránit podnikům v nabytí dominantnímu postavení, i když nelze ani z ekonomické teorie dovodit, že by existence dominanta na trhu byla soutěži vždy škodlivá, což zřejmě vyvstalo z panického strachu nad ztrátou kontroly nad trhem, ale zejm. snažila se vykryt nedostatek čl. 102 SFEU, avšak nikoli jeho revizí, ale přijetím takového nařízení. Důvod, proč byla kontrola spojování podniků upravena „pouze“ nařízením a nestojí po boku na stejné úrovni s čl. 101 a 102 v rámci SFEU, jako je tomu např. v českém soutěžním právu, spatřuji v tom, že úprava prostřednictvím nařízení vytvořila Komisi „zadní vrátka“ pro případ, že by aplikace tohoto nařízení byla považována za soutěži škodlivá a nadmíru kritizována, neboť nařízení lze jednoduše zrušit, na rozdíl od zakládajících smluv (konečně i jeho přijetí je poněkud snazší, než v případě revize SFEU). Tato skutečnost je také odrazem toho, že členské státy se nebyly po několik desetiletí schopny shodnout na podobě takového právní úpravy.

Avšak zpět k rozhodnutí *Continental Can* – ESD zde položil koncept, který by mohl postihovat určitá spojení podniků v rámci hospodářské soutěže, a který je postaven na tom, že

²⁹⁹ Ibid., odst. 26 - 27

alespoň jeden ze spojovaných podniků je v *dominantním postavení*, tak aby byla naplněna litera čl. 102 SFEU, kde je dominance podmínkou aplikace, a spojením nebo nabytím kontroly dojde k *posílení jeho dominantního postavení*. V tomto ohledu lze dle mého závěru považovat spojení na trhu daleko škodlivější, než v případě, kdy spojením se dominantní postavení toliko nabývá. Takovéto strukturální zneužití dominantního postavení by v důsledku mohlo vést i ke vzniku monopolu, a proto lze v tomto smyslu získání kontroly nad jiným podnikem považovat za zneužití dominantního postavení, neboť toto jednání zcela jistě účinnou hospodářskou soutěž narušuje. Na rozdíl od Nařízení 139/2004 tento koncept počítá jednak toliko s posílením dominantního postavení, nikoli s jeho nabytím a jednak jde o kontrolu *ex post*. Systém kontroly *ex post* v případě spojení by se mohl zdát neúčinným, neboť pokud už by se podniky spojily, nebylo by *ex post* co dále řešit, avšak tento náhled by bylo možné do určité míry relativizovat tím, že ani při obvyklé aplikaci čl. 102 SFEU Komise nemusí čekat na to, až skutečně k narušení hospodářské soutěže dojde – neboť jak bylo popsáno výše v této práci,³⁰⁰ Tribunál ve věci *Microsoft*, judikoval, že Komise nemusí prokázat vyloučení veškeré hospodářské soutěže na trhu, a zdůraznil, že podstatné je v tomto smyslu, aby posuzované jednání představovalo *riziko* vyloučení veškeré účinné hospodářské soutěže na trhu nebo aby takové jednání bylo způsobilé soutěž vyloučit³⁰¹ s tím, že by bylo proto v rozporu s cíli soutěžního práva a cíli EU, mezi které patří chránit nenarušenou soutěž a tedy existující soutěž na trhu, pokud by Komise musela čekat na okamžik vyloučení soutěže nebo naprosté bezprostřední hrozby vyloučení.³⁰² Pokud bychom přijali opačný závěr, byly bychom vždy (a zejm. Komise) toliko svědky destrukce soutěže a trhu.

Koncept *strukturálního zneužití dominantního postavení*, je proto s ohledem na řešení rozebíraného problému velice atraktivní, neboť budeme-li vedeni tím, že dominantní postavení, resp. jeho nabytí je zcela v pořádku, ať již je získáno přirozeně nebo právně, bylo by *de lege ferenda* možné uvažovat o revizi čl. 102 SFEU v tom smyslu, že do výčtu demonstrativního zakázaného jednání v dominantním postavení by byla vložena skutková podstata v podobě posílení dominantního postavení podniku spojením. Tato praktika by pak byla vykládána ve smyslu rozhodnutí *Continental Can*. Ovšem bylo by nutné, aby byla dána možnost Komisi takového spojení zrušit, ev. bylo by možné uvažovat o vzoru právní úpravy v USA, tj. o možnosti následně podniky rozdělit na různé samostatné celky (toto rozdělení jim přikázat), jako

³⁰⁰ viz čl. 3.2.1 této práce

³⁰¹ rozhodnutí Tribunálu ve věci *Microsoft*, T-201/04, odst. 563

³⁰² Petr, M. a kol. Zakázané dohody a zneužití dominantního postavení v ČR, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2010, str. 272 a násl.

se tomu stalo historicky v USA např. ve věci *Standard Oil*,³⁰³ nebo zrušil transakci, která by vedla k nabytí kontroly. Takovýto koncept by pokryl samozřejmě i jednání vedoucí ke vzniku monopolu, nadto by působil i poměrně preventivně, pokud by se nad spojujícími se podniky vznesla hrozba jejich nuceného rozdělení. Ovšem takový koncept by zřejmě mohl narazit na práva svobodného podnikání v rámci vnitřního trhu a v neposlední řadě v případě rozdělení podniku, coby postihu za protisoutěžní jednání, i na ochranu práv vlastnických a také ochranu spotřebitele, tj. práv třetích osob, na druhé straně by však byl eliminován dvojí rozporný pohled na problematiku dominantního postavení, jak je tomu nyní a nadto by soutěžní právo EU tvořilo více harmonický celek, neboť by byly všechny pilíře soutěžního práva upraveny v rámci SFEU a nikoli sekundárními akty. Konečně, je třeba se též vypořádat s otázkou strukturálního narušení soutěže, které je chráněno Nařízením 139/2004 – je otázkou, jaký standard ochrany by tento koncept zajistil, ovšem i přes současnou aplikaci Nařízení 139/2004 dominantní podniky na trzích vznikají a své postavení posilují díky svým vysokým a kvalitním výkonům, navíc pokud se podíváme do praxe aplikace tohoto nařízení, tak zjistíme, že zakázáno bylo od doby jeho předchůdce, tj. za posledních 22 let jen 21 spojení z cca 5000 ohlášených. V neposlední řadě je zde otázka *evropské dimenze*, která by nebyla stanovena podle výše obratu (k tomu blíže viz čl. 5.5 této práce), ale v souladu se současnou aplikací čl. 102 SFEU, teritoriálně, přičemž by bylo zapotřebí, aby spojení zasahovala alespoň do dvou členských států EU, vnitrostátními fúzemi by se zabýval národní soutěžní úřad. Tento koncept by se mohl na evropské poměry zdát odvážný a jistě i kontroverzní, ovšem tak tomu bylo i v případě konceptu trestní odpovědnosti právnických osob, který jsme, opět inspirovaní americkou právní úpravou a bez ohledu na tradici kontinentální právní kultury, do vnitrostátních právních úprav většiny členských států EU přijali, a to vč. ČR.³⁰⁴ Nevýhodu tohoto konceptu, kterou zde také spatřuji, je nutnost paralelní aplikace čl. 101 SFEU, neboť s ohledem na povahu čl. 102 SFEU a legální možnosti, který se podniky mohou spojit, je zřejmé, že aplikace čl. 102 SFEU by ani v případě tohoto konceptu se smířením se s tím, že bude regulováno v případě spojení, jen posílení dominantního postavení, by nedostačovala na veškeré způsoby, kterými se podniky mohou spojit. Je otázka, zda trváme na jednotnosti právní úpravy spojování podniků, čemuž Nařízení 139/2004, přes jeho sporné momenty vyhovuje nejvíce, nebo zda se smíříme s tím, že Komise bude dle povahy jednání

³⁰³ viz rozhodnutí Nejvyššího soudu USA ve věci *Standard Oil Co. of New Jersey vs. United States*, 221 U.S. 1 (1911) – společnost Standard Oil byla rozdělena na 34 částí; další případy jsou např. *American Tobacco* (1911) – společnost rozdělena na 16 částí nebo *AT&T* (1982) – společnost rozdělena na 8 částí – blíže viz Paneš, P. Americká antimonopolní politika, Liberální institut, 2006 – dostupné na - http://www.libinst.cz/etexts/WP_2_2006.pdf; nebo také Paneš, P. Kořeny antimonopolní politiky – dostupné na - <http://nf.vse.cz/download/veda/workshops/koreny.pdf>

³⁰⁴ zák. č. 418/2011 Sb., o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim

postupovat dle čl. 101 nebo 102 SFEU nebo obou – obecně v tomto postupu problém nevidím, nadto Komise takto aplikuje soutěžní právo běžně.

5.3 (De)Regulace a autoregulace v soutěžním právu EU

V souvislosti s tímto tématem se nabízí hned otázka, zda právní regulace v soutěžním právu není přespříliš a zda by nebylo moudré zvolit cestu „rozumné“ regulace.³⁰⁵ Uvažujeme-li o hospodářské soutěži jako o autoregulátorovi, čímž nepochybně je, je třeba si položit další otázku, a to směřující do smyslu právní regulace, tj. zda je zapotřebí. *Bejček* v tomto smyslu uvádí (vycházející z R. Jheringa), že právní regulace má smysl pouze tehdy, nepůsobí-li tržní autoregulace a ani individuální regulace (kdy se monopolista může chovat řekněme „neškodlivě“ ze strachu z odvrácení přízně spotřebitelů).³⁰⁶ Autoregulace soutěže by se pak dala považovat za žádoucí stav s tím, že regulace za její možný substitut, avšak neaplikovatelný apriorně ani paralelně s autoregulací, tj. regulace soutěže by měla přijít až ve chvíli, kdy tržní autoregulace selhává.³⁰⁷ Z pojmu „regulace“ lze také jednoduše dovodit (vztaženo na soutěž), že se jedná o zúžení prostoru pro hospodářskou svobodu podniků, naproti čemuž „deregulace“ lze chápat za jeho rozšíření (a jejím předpokladem je samozřejmě předešlá regulace). Pokud jde o regulaci jednotlivých odvětví, pak je nutné vycházet z určitého předsudku výměnou za vyšší právní jistotu – zde potom nerozhoduje mechanismus soutěže (konkurence), ale systém pevně daných pravidel a rozhodování příslušných orgánů. Podstatné je, jak doplňuje *Bejček*, zda je onen *předsudek* při vytváření regulace dostatečně odůvodněn a s ohledem na dosavadní praxi, zda je této regulace zapotřebí.³⁰⁸ Pokud bychom ale na předsudek rezignovali a neregulovali prostředí, kde funguje autoregulace, snížila by se právní jistota, avšak bylo by možné uvažovat o zvýšení naděje na spravedlivé rozhodování v jednotlivých případech, tj. za uvážení všech okolností věci. Zde je pak nutné podtrhnout, že konkurenční tlak je nezastupitelným systémem racionalizace ekonomického chování podniků. Soutěžní právo jako takové je nástrojem zajišťujícím funkčnost soutěže ve prospěch ekonomické efektivity. Podstatné proto také je, jaké hodnoty právní regulace sleduje, přičemž právě tyto jsou výsostně politickým rozhodnutím, ostatně jako soutěžní politika celkově.

Čemu se zde však chceme dobat je, zda mocenské zásahy na základě soutěžního práva, zejm. případě evropského úrovně, se mají omezit toliko na kompenzace tržního selhání na vnitřním trhu, jako je selhání konkurence, externality, neúplné trhy apod.? A dále, měl by

³⁰⁵ např. Sadil, J. O smysluplné regulaci, *Hospodářské noviny* z 5. 7. 2006, str. 15

³⁰⁶ *Bejček*, J. Regulace a soutěž, *Právní fórum*, č. 3, 2007, str. 87 a násl.

³⁰⁷ *Ibid.*

³⁰⁸ *Ibid.*

mocenský zásah v tomto smyslu sloužit k napravování rozhodnutí jednotlivců, kteří jej učinili evidentně v rozporu se svými zájmy? Tyto otázky jsou sice spíše politického rozměru, neboť i cíle soutěžního práva, stejně jako podoba regulace je politickým rozhodnutím. Odpovědět tyto otázky proto není snadné a těžko se omezit na hodnocení ve smyslu špatné a správné. Příznačnější je zde spíše vhodné a méně vhodné, ev. potencionálně škodlivé. Přesto si dovoluji k tomuto tématu krátkou úvahu – není pochyb o tom, že hospodářská soutěž je sama o sobě (ve své podstatě) autoregulátorem, přičemž úroveň její reglementace je na úrovni EU poměrně vysoká, a to přes veškeré deregulační snahy. Jak již bylo uvedeno, význam regulace soutěžního práva EU je dán tehdejší výstavbou vnitřního trhu, který byl provázen řadou integračních opatření k zajištění jeho fungování, jako např. odstranění cel a kvót. Před přijetím Nařízení 4064/89 byla v oblasti dominantního postavení regulace zaměřena na restriktivní praktiky ve smyslu nynějšího čl. 102 SFEU, tj. Komise zde zasahovala až ve chvíli, kdy došlo k narušení hospodářské soutěže zneužitím dominantního postavení podniku, tj. *ex post*, přičemž i tato koncepce doznala poměrně dynamického vývoje (viz kapitola 3. této práce). Úroveň regulace soutěže nebyla tolik signifikantní, jak je tomu dnes, a přesto se nedá říci, že by systém vnitřního trhu systematicky selhával natolik, aby bylo nutné regulaci chování soutěžitelů na trhu zpřísnit nebo rozšířit. Konečně, úpravě kontroly podnikových koncentrací se díky tomu dostalo velmi intenzivní diskuse. ES tehdy vedeno myšlenkou rozšíření vnitřního trhu se začalo obávat, že uvolněním vnitrostátních trhů nově přistupujících členských států, dojde k přemíře využívání vnitrostátních úprav spojování soutěžitelů, kteří tak budou v tomto důsledku expandovat na ostatní trhy dřívějších členských států, což by paradoxně však intenzivní soutěž mohlo spíše posílit, než jí omezit. S ohledem na smluvní svobodu tak byla přijata koncepce kontroly koncentrací směřující toliko do otázky dominantního postavení podniků, jehož získání nebo posílení nemělo být ze strany Komise tolerováno (viz kapitola 4. této práce – test dominance dle Nařízení 4064/89). ES zde bylo vedeno oním „předsudkem“, že podnik, získající dominantní postavení se dozajista zneužití svého dominantního postavení dopustí a naruší tím tak dlouze bodovaný vnitřní trh, který nebyl v té době dobudován, a pod tímto „strašákem“ se uchýlilo k regulaci spojování podniků. Ze strany ES je to možno vnímat jako „obranný“ krok, který měl s ohledem na nepředvídatelný vývoj v rámci rozšíření vnitřního trhu zabránit jeho eventuální destabilizaci, což je zřejmě legitimním cílem, pokud by se jednalo o právní úpravu prozatímní, která slouží jako pojistka zachování soutěže (např. sektorové regulace – viz níže čl. 5.3 této práce). Avšak mám za to, že intervence moci byla v tomto ohledu zřejmě poněkud unáhlená, neboť o okamžitém selhání vnitřního trhu jako celku zde nemohla být řeč, nadto i kdyby se k tomu schylovalo, nestalo by se tak velice pravděpodobně s ohledem na řadu výjimek a

přechodných režimů, kterým přistoupivší státy z počátku nepochybně podléhaly (jako bylo např. uvolnění pracovního trhu). Navíc se nedomnívám, že obстоjí jako odůvodnění mocenské intervence v podobě Nařízení 4064/89 argument, že na podobné transakce bylo obtížně aplikovatelné ust. nynějšího čl. 102 SFEU, neboť i s tímto problémem se Komise a později ESD v rámci možností vypořádal např. ve věci *Continental Can*,³⁰⁹ kde byla řešena otázka tzv. *strukturálního zneužití dominantního postavení* v souvislosti se spojením podniků (posílením dominantního postavení – viz čl. 5.1 této práce). V zásadě stejné důvody, jako při přijetí Nařízení 4064/89, opanovaly přijetí revidovaného Nařízení 139/2004 – rovněž je zde paralela s rozšířením vnitřního trhu, odstraněním hranic atd. ve spojení s přístupovou vlnou v roce 2004, kdy přistoupila i ČR. Zde došlo k formální změně přístupu v posuzování spojení podniků, kdy již dominantní postavení není tou nejzásadnější otázkou, ale je to výhled na strukturální změny na trhu, které by potencionálně mohly narušit (snížit) hospodářskou soutěž, tj. není zde skálopevná podmínka zjištění dominantního postavení (jeho posílení nebo získání) a Komise má k dispozici mnohem více prostoru, kde může proti spojujícím se podnikům zasahovat. Tato situace pak může vést ke dvěma důsledkům, tj. jednak k tomu, že může dojít k hodnocení více hledisek a posouzení spojení potom spíše odpovídá možným rizikům na trhu a na druhé straně, může díky této širší diskreci docházet k neodůvodněným zásahům do smluvní svobody, vlastnického práva a volného pohybu kapitálů, neboť sleduje-li právní úprava při svém výkladu cíle soutěžního práva, které jsou politickým rozhodnutím, je její aplikace do určité míry také na tomto politickém rozhodování závislá, přičemž změna politiky soutěže sice není pravděpodobná, nicméně tento prostor zde díky novému Nařízení 139/2004 existuje. V neposlední řadě je zde otázka, do jaké míry je podoba soutěžního práva EU odrazem partikulární soutěžní politiky velkých členských států EU, jako je Německo a Francie, které nejen, že jsou geograficky dostupnější pro přistoupivší východo a středoevropské země, resp. podniky z těchto zemí, ale s ohledem na stupeň rozvoje ekonomiky bylo možné očekávat, že hospodářská soutěž bude v tomto důsledku ovlivněna zejm. na jejich území, což bylo nepochybně v rozporu s předpokládaným vývojem soutěže na jejich vnitrostátní úrovni. Nicméně toto stejné platilo i opačně, neboť i podniky dosavadních členských států mohly expandovat na trhy států přistupujících a to ještě snáz, neboť opačně nefungovaly žádné razantní přechodné režimy, zabraňující „integračnímu šoku“. Současná situace v této oblasti je tedy taková, že existuje *dvojkolejná právní úprava dominantního postavení*, a to *ex post* v podobě čl. 102 SFEU a kontrola *ex ante* obsažená v Nařízení 139/2004. S ohledem na předešlý výklad o regulaci, považuji *předsudek* v podobě nenávratných strukturálních změn nebo nutnosti zneužití dominantního postavení v případě

³⁰⁹ rozhodnutí Komise ve věci *Continental Can* ze dne 9. 12. 1971, 1972 L 7/25

podnikových koncentrací za anachronický a nabízí se otázka, zda-li tato právní úprava hospodářskou soutěž v rámci vnitřního trhu spíše dlouhodobě nepoškozuje, vyjdeme-li z toho, že konkurenční boj a soutěž jako taková je nejlepším autonomním autoregulátorem.

5.3.1 Metody regulace a cíle v rámci soutěžního práva

Budeme-li se snažit odpovědět na otázku, zda je nějaká právní regulace smysluplná či nikoli, zda to systému daného právního odvětví patří, prospívá mu nebo ne, je třeba zjistit její cíl, kterým je nepochybně právní úpravou sledovaný *společensky žádoucí stav*, tj. čeho se snaží regulátor dosáhnout. Pokud jde o soutěžní právo, je nepochybné, že hlavním cílem soutěžního práva je ochrana hospodářské soutěže jako procesu (viz kapitola 1. této práce), tj. zajištění účinné hospodářské soutěže. Otázkou, co je účinná hospodářská soutěž, jsme se zabývali v 1. kapitole této práce.

Regulátor v rámci své činnosti dosahovat společensky žádoucího cíle dosáhnout několika přístupy:

- 1. rezignační** – v rámci tohoto přístupu se regulátor spoléhá na hospodářskou soutěž jako na autoregulátora a sebeochranné mechanismy trhu, přičemž tedy rezignuje na tvorbu právní regulace chování podniků na trhu,
- 2. strukturální** – regulátor zde vytváří právní úpravu sledující vytvoření nebo obnovení struktury trhu, tj. její ochranu. Jedná se o *ex ante* přístup a setkáváme se s ním v soutěžním právu zejm. v rámci sektorové regulace a kontroly spojování podniků,
- 3. regulační** – zde jde o regulaci *ex post*, tj. nezabývá se dopředu strukturou trhu a ponechává podniky v konkurenčním boji s tím, že zasahuje *ex post*, pokud dojde k ohrožení nebo narušení právem chráněného zájmu,
- 4. vlastnický** – v rámci tohoto přístupu dochází k likvidaci konkurence právní regulací, která je nahrazena centrálním plánováním.³¹⁰

Pokud bychom měli zhodnotit soutěžní právo EU, je zřejmé, že jde o kombinaci přístupu regulačního (čl. 101 a 102 SFEU) a strukturálního (Nařízení 139/2004). Poněkud příhodnější je potom náhled jiného rozdělení přístupů k regulaci, a to přístupu *dirigistického* a

³¹⁰ Koncept přístupů přejat z – Bejček, J. Existenční ochrana konkurence, 1. vyd., Brno : Masarykova univerzita, 1996, str. 67 a násl.; shodně také Bejček, J. Regulace a soutěž, Právní fórum, č. 3, 2007

nedirigistického.³¹¹ Nedirigistický přístup vychází stejně jako přístup rezignační z toho, že konkurence je nelepším mechanismem efektivity a v tomto ohledu není cílem regulátora nahrazovat konkurenci právní úpravou, avšak na rozdíl od přístupu rezignačního se regulátor soustředí na dominantní podnik a na ostatní konkurenty tak, aby nedocházelo ke vzniku bariér vstupu na daný trh, tj. vytváří právní úpravu regulující chování podniků, které by mohlo narušovat hospodářskou soutěž v podobě regulace *ex post* – ovšem jak již bylo výše rozebráno, regulace *ex post* rozhodně neznamena, že by příslušný soutěžní úřad zasahoval až ve chvíli, kdy už je soutěž vyloučena nebo výrazně omezena. Dirigistický přístup je postaven na intervenci regulátora, a to zejm. v případech státních monopolů nebo tzv. *essential facilities* (podstatných zařízení) – v tomto ohledu potom jde o regulaci *ex ante*, která je zaměřena zejm. na vybrané sektory jako jsou telekomunikace a energetika – zde lze uvažovat i tom, zda se vůbec pohybujeme v oblasti soutěžního práva. Nicméně unijní soutěžní právo je postaveno opět na obou přístupech, tj. na dirigistickém i nedirigistickém, když ve světle jedné právní úpravy (čl. 101 a 102 SFEU) dává průchod běžným tržním mechanismům a na naproti v rámci stejného obecného soutěžního práva konstruuje dirigistický prvek v podobě Nařízení 139/2004. Jsem toho názoru, že soutěžní právo, bez ohledu na to, zda se jedná o vnitrostátní nebo unijní, by v tomto ohledu mělo být souladné, tj. mělo by postupovat v rámci toliko jednoho z uvedených přístupů. Čistý dirigistický přístup (tj. v rámci celého obecného soutěžního práva) v rámci společného trhu EU je nemyslitelný, neboť by jím byly narušeny všechny tržní svobody, na kterých je společný trh vybudován a zřejmě bychom přestali v případě společného trhu hovořit o soutěžním právu jako takovém. Avšak z povahy Nařízení 139/2004 vyplývá, že se Komise k prvku tohoto přístupu do určité míry přiklonila, když považovala za potřebné na plně funkčním trhu takovouto regulaci vytvořit a v tomto ohledu ztratila důvěru s mechanismy samotného trhu. Ovšem není zde podstatný ani tak přístup, který charakterizuje povahu příslušné právní úpravy, jako její samotná aplikace, tj. jakým způsobem a jakou intenzitou je takováto intervence uplatňována. Konečně, v tomto ohledu je též podstatný přístup k samotné tvorbě soutěžních pravidel, kdy rozeznáváme *per se* zákaz (zákaz bez dalšího) a podmíněný zákaz v podobě *rule of reason*³¹² (podmíněný zákaz na základě zvážení individuálních okolností, např. výhod a nevýhod), které vyjadřují intenzitu ochrany hospodářské soutěže, resp. vyjadřuje to, zda zakázané nebo postihované jednání je pro soutěž škodlivé v jakékoli podobě podle názoru regulátora, nebo zda ono sledované jednání může být do určité míry škodlivé, ale na druhou stranu může také poskytovat jisté výhody, které mohou být soutěži nebo spotřebitelům prospěšné. *Per se* přístup poskytuje

³¹¹ Ibid.

³¹² Ibid.

řadu výhod jako je právní jistota, jednodušší prosazování práva a postihování podniků, a také nemožnost zvládnout soutěžního orgánu – na druhou stranu tento přístup zcela jednoznačně nerespektuje možný vývoj a dynamiku trhu, tj. není dostatečně flexibilní a může postihovat zakázané jednání, které však nemusí mít žádné dopady na hospodářskou soutěž a na druhou stranu slepě ignoruje jednání, které explicitně zakázáno není, ale hospodářské soutěži škodí. Tento problém byl sledován zejm. v případě *vázaných obchodů*, kdy toto jednání bylo v minulosti v evropském právu zakázáno *per se*, bez ohledu na jakékoli výhody.³¹³ Naproti tomu přístup *rule of reason*, tyto nevýhody *per se* zákazu sice řeší, nicméně je na druhou stranu velice procesně nákladný a v neposlední řadě je zde poněkud snížena právní jistota. Konečně jako problematické je zde také třeba vidět jeho orientaci *ex post*, uvážíme-li, že soutěžní úřad v době rozhodování o nějakém jednání má informace, které podnik v době jednání třeba ani nemohl zjistit a sankce tak pro podnik může přijít toliko z důvodu, že se chybně rozhodl.³¹⁴ *Bejček* potom např. varuje před přeměnou *rule of reason* na *rule of lobbism*, a to v souvislosti s rozšířením hranice správního uvážení soutěžního úřadu.³¹⁵ Pokud bychom v duchu těchto přístupů tedy měli zhodnotit současný stav právní úpravy soutěžního práva EU, je zřejmé, že zde převládá přístup *rule of reason*, a pokud jde o kontrolu podnikových koncentrací, je zřejmé, že ani obratová kritéria nenastavují hranici *per se* zákazu, ale jen povinnost notifikace spojení, jsou rovněž také zvažovány výhody a nevýhody spojení (samotné spojení potom zcela legální a právem předvídaný postup chování podniků v rámci soutěže). Z tohoto pohledu se současný stav právní úpravy unijního soutěžního práva vč. Nařízení 139/2004 jeví v rámci daného kontextu jako „rozumný“. Ovšem toto je pouze jedno z hledisek, jak lze na stav právní regulace nahlížet, neboť to, co je v dané podobě úpravy „rozumné“ samozřejmě neznamená, že není jako celek nadbytečné nebo těžko ospravedlnitelně omezující.

5.3.2 Autoregulace soutěže jako ideální stav?

Jiný pohled na danou problematiku nabízí otázka, jaká regulace soutěže pro dosažení její účinné podoby by měla být a kdy by měla přistoupit. Uvažujeme-li v tom smyslu, že pro opuštění autoregulace a příklon k regulaci (např. sektorové), je zapotřebí dostatek významných důvodů, lze shrnout tyto důvody v rámci *Basedowa* pojetí tak, že důvodem zde může být:

➤ *tržní selhání* – ničivá soutěž, externalit, monopol

³¹³ k tomuto blíže např. Padila, J. The Antitrust Economics of Tying: A Farewell to Per se Illegality, Antitrust Bulletin, 2003, str. 6 a násl.

³¹⁴ Šilhán, J. Cenové praktiky zneužití dominantního postavení z pohledu práva a ekonomie, Brno : Tribun EU, 2009, str. 45

³¹⁵ viz Bejček, J. Falešné dilema strnulé právní normativity a pružného ekonomického pragmatismu v soutěžním právu, Právník, 2006, č. 7

- *politicky důležité ekonomické a mikroekonomické cíle* – jako je obrana, bezpečnost, zavedení soutěže v monopolistickém prostředí (jako mohou být např. telekomunikace), energetika
- *oportunistické chování účastníků trhu*
- *asymetrické informace a motivace účastníků trhu.*³¹⁶

Je zřejmé, že výše uvedené podmínky, resp. důvody se vztahují k otázkám sektorové regulace jako je případ elektronických komunikací, nicméně pokud budeme vycházet z toho, že každá regulace obecně je výsledkem politické úvahy a nálady, tak i tato v sobě musí skrývat určitý motiv. Pokud bychom odhlédli od tlaků zájmových skupin, které právní úpravu dozajista významně ovlivňují, můžeme přihlédnout k výše uvedenému vymezení důvodů vzniku regulace a vztáhnout toto vymezení i na případ soutěžního práva, resp. jeho části v rámci takového celku jakým je EU.

S ohledem na výše uvedené vymezení a i přes nastíněné sporné otázky, pak lze k odůvodněnosti existence dvojí právní úpravy dominantního postavení konstatovat, že dozajista není produktem tržního selhání, avšak motivem její existence, a zejm. přijetí Nařízení 4064/89 a později Nařízení 139/2004 jsou jistě („důležité“) politické a ekonomické důvody. Předně, nelze mít za zlé dřívějším členským státům EU to, že se snaží, aby jim obtížně čitelný partner v podobě nově přistupující země jakýmkoli způsobem nenarušil stav soutěže, který do doby jeho přistoupení byl. Považuji však za sporné, do jaké míry byla tato obava odůvodněna. Přesto zájem na zachování účinné hospodářské soutěže v rámci vnitřního trhu, jako veřejný zájem převážil nad zájmy soukromými s tím, že systém kontroly čl. 102 SFEU i Nařízení 139/2004 dle politiky soutěžního práva EU je zaměřen především na zachování účinné hospodářské soutěže a nikoli přímo na zájmy soukromé, jejichž efektivní uplatňování však existenci soutěže jako takové vyžaduje. Je také nepochybné, že spojování podniků může strukturu soutěže narušit, avšak problém kontroly podnikových koncentrací je, že toto narušení presumuje s ohledem na odhad, jakým se bude v tomto důsledku trh ubírat, ke kterému také však nemusí dojít. Dovolím si tvrdit, že právní úprava zneužití dominantního postavení je v soutěžním právu zcela namístě a na její existenci a aplikaci by do budoucna nemělo být v zásadě nic měněno. V případě spojování podniků lze zhodnotit, že v době dřívější dozajista svůj smysl nacházela, avšak mám za to, že jejím předním motivem byla obtížná aplikace čl. 102 SFEU na transakce typu spojení podniků

³¹⁶ Basedow, D. Regulierung und Wettbewerb in Marktwirtschaftlichen Ordnungen, Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier, Trier 2003, str. 4 - 5

(které nebyly dominantní), což však nepovažuji za legitimní důvod pro to, aby byla zhušťována reglementace hospodářské soutěže, která sama o sobě má řadu sebeochranných mechanismů, aby tomu bylo zabráněno. Tomuto také odpovídá skutečnost, že Komise za dobu existence Nařízení o kontrole podnikových koncentrací těchto spojení zakázala toliko méně než 1% z oznámených spojení, přičemž ročně jich jsou Komisi oznamovány řádově stovky.³¹⁷ Do jaké míry slouží toto nařízení jako nástroj prevence, lze proto velmi těžko odhadovat. Konečně, uvedli jsme si, že pokud jde o regulaci jednotlivých odvětví, pak je nutné vycházet z určitého *předsudku* výměnou za vyšší právní jistotu – zde potom nerozhoduje mechanismus soutěže (konkurence), ale systém pevně daných pravidel a rozhodování příslušných orgánů. Podstatné potom je, zda je onen *předsudek* při vytváření regulace dostatečně odůvodněn a s ohledem na dosavadní praxi, zda je této regulace zapotřebí.³¹⁸ Dozajista lze bez větších úvah říci, že v případě sektoru elektronických komunikací, kde jednak neexistovala soutěž a jednak je tato oblast spojena s politicko-ekonomickými cíli, je sektorová úprava snažící se vybudovat hospodářskou soutěž zcela odůvodnitelná. Stejně tak jsem toho názoru, že právní úprava hospodářské soutěže bez ohledu na její úroveň (vnitrostátní, evropská), musí umět reagovat na hrozby, které paradoxně samo právo obvykle do soutěže přináší, jako jsou i hrozby spojené s problematikou spojování podniků. Ovšem v případě soutěžního práva EU se při budování vnitřního trhu nepostupovalo s pečlivostí „stavitelé chrámů,“ kdy na místo nějaké formy regulace *ex ante* (která bylo v rámci Římské smlouvy vypuštěna), která by spíše odpovídala situaci, kdy se soutěž na trhu vytváří (jako v případě elektronických komunikací), byla přijata právní úprava chránící hospodářskou soutěž *ex post*, která však doznávala své současné podoby poměrně složitě přes výklad tehdejších komunitárních soudů. Je samozřejmé, že otázka spojování podniků v rámci vnitrostátních úprav byla o mnoho mladší, než počátek vnitřního trhu a vznik *ex post* regulace chování podniků na něm je spíše vlastní regulaci v rámci hospodářské soutěže obecně, přesto ponechávat *ex ante* regulaci hospodářské soutěže v době, kdy je již vnitřní trh EU vybudován vybízí skutečně k otázce, zda je tento stav výsledkem toho, že vnitřní trh není natolik pevný a soutěž na něm neprobíhá tak účinně, jak by se mohlo zdát, nefungují sebezáchovné mechanismy soutěže ani stávající kontrolní mechanismy *ex post*, a je tedy zájem na širší reglementaci v této oblasti, nebo je to jen dodnes neodstraněný přežitek vzniklý v době poměrně výrazného rozšiřování vnitřního trhu? Opravdu těžko soudit, uvážíme-li navíc, v kolika případech byly obě nařízení o

³¹⁷ Do dne 20. 3. 2012 bylo z celkového počtu 4857 spojení zakázáno toliko 21 z nich – viz také např. Evropský parlament, zneužití dominantního postavení a vyšetřování spojování společností – dostupné na - http://circa.europa.eu/irc/opoce/fact_sheets/info/data/market/rules/article_7196_cs.htm

³¹⁸ Ibid.

podnikových koncentracích skutečně k zákazu využity (za celou dobu existence tohoto typu *ex ante* kontroly došlo k zákazu celkem 21 spojení z téměř 5000 oznámení spojení podniků).

Podívejme se ale na věc z jiného pohledu – v posledních letech probíhala a nyní ještě probíhá po celém světě hospodářská krize. Tato krize poměrně vyzkoušela autoregulační mechanismy v zemi s nejrozvinutějšími trhy, jako jsou Spojené státy americké. Deregulace v případě fúzí a akvizic se zdůvodňovala zejm. posílením globální tržní síly velkých podniků.³¹⁹ Tato situace potom způsobila, že řada podniků, jako jsou banky, pojišťovny atd., dosáhly takové velikosti, že v rámci hospodářské krize je nebylo možné nechat „padnout“, což jak se ukázalo v případě USA, ale také v případě řady zemí EU vedlo jednoduše k „multiplikačnímu (dominovému) efektu,“ který nepochybně nebyl cílem deregulací soutěže zamýšleným. Na tomto příkladu je o to více zajímavější, že ani velké časem a krizemi prověřené trhy a podniky na nich, stejně jako soutěžní úřady, nejsou schopni bezpečně podobu a strukturu soutěže odhadnout, neboť zde nastala mnohokrát zcela opačná situace, kdy právě „pád“ dominanty narušil hospodářskou soutěž v důsledku následného „dominového efektu“ a nikoli jeho chování ve vztahu k ostatní konkurenci nebo spotřebitelům, které je soutěžním právem kontrolováno a sankcionováno, ev. označeno za neslučitelné se společným trhem. Je proto otázka, zda globalizace a spojování vnitrostátních trhů, nevyžaduje jednotné standardy chování, které lze samozřejmě nejúčinněji zavést právní úpravou. Situace v EU, kde došlo k propojení ekonomik členských států je právě příkladem onoho „dominového efektu“, kde „nepadají“ podniky, ale rovnou i samotné členské státy (Řecko, Portugalsko, Irsko), což v rámci této krize zřejmě vyžaduje koordinovaný postup v regulaci trhů a hospodářská soutěž jako takové. Důsledky krize zde potom pokládají řešení v podobě *záchranných fúzí*, u kterých lze ale očekávat, že z důvodů krize, budou spíše prohlašovány za slučitelné se společným trhem, než před tím, kdy k zákazu došlo pouze ve 21 případech. Tj. ani hospodářská krize pozici a jednoznačnou odůvodněnost a nezbytnost kontroly podnikových koncentrací v konstrukci soutěžního práva EU příliš neposiluje, na druhou stranu je ale třeba uvážít, že podniky, které se nyní spojí ze záchranných důvodů za posvěcení Komise za účelem utišení krize, jednou mohou doznat takové velikosti, že už vůbec nebudou moci „padnout“, po tom co krize odezní, neboť by způsobily, byť třeba jen místních trzích, krizi další. Jinak řečeno, dnešní řešení, by nemělo být zítřejším problémem. *Bejček* k tomuto dodává, že lze uvažovat o vynětí velkých korporací z tržního autoregulačního mechanismu vč. úpadku s tím, že je třeba si přiznat, že tržní autoregulace nestačí a že je nutné na

³¹⁹ srov. např. Soares, A. „National Champions“ Rhetoric in European Law, World Competition, 2008, 31, str. 367

takovéto velké korporace působit jinou regulační silou.³²⁰ Ovšem na evropské úrovni je zde poměrně problematické k situaci takto přistupovat, neboť je zde vyžadován široký konsensus v rámci celé EU, což je nepochybně nesnadným cílem, navzdory tomu, je však pozice evropského soutěžního práva nezastupitelnou součástí v rámci prostředků pro překonání krize.

Pokud budeme uvažovat o provázanosti kontroly *ex post* (čl. 102 SFEU) a *ex ante* (Nařízení 139/2004) lze uvažovat ve dvou směrech, a totiž, že:

- se tyto instituty doplňují a tvoří celek právní úpravy dominantního postavení, kdy *ex ante* kontrola podnikových koncentrací, jako prevence slouží ke kontrole spojování skutečně obrátově výkonných podniků, jejichž rozměry by v budoucnu mohly způsobovat soutěžní problémy, pokud by přišla jakákoli další hospodářská krize, resp. jejich možný „pád“ by mohl způsobit „dominový efekt“, přičemž kontrola *ex post* tradičně postihuje až zneužití dominantního postavení, tj. jednalo by se o oboustranné účinné ohraničení chování podniků na trhu, a to vše ve veřejném zájmu na zachování účinné hospodářské soutěže; nebo

- kontrola *ex ante* v tomto smyslu nepůsobí příliš jako prostředek prevence (s ohledem na poněkud nízký počet zamítnutých žádostí) a navíc vytváří jiný standard chování podnikům, který jim může ne zcela důvodně bránit ve využívání svého vlastnického práva ke zdrojům a vůbec ve smluvní svobodě, když je skutečností, že do dominantního postavení se může dostat i cestou „pouhého“ konkurenčního boje bez právních způsobů získání dominance, nadto jednáním nezakázaným.

Obecně mám za to, že s ohledem na různé situace mohou platit oba tyto přístupy. Předně pozice kontroly *ex post* v podobě dle čl. 102 SFEU je jen těžko zastupitelná kontrolou *ex ante* s ohledem na přirozenou (nikoli právní) cestu k získání dominantního postavení na trhu. Není proto pochyb, že čl. 102 SFEU je zcela na svém místě, nadto respektuje tržní svobody podniků a jejich vlastnická práva dokud svého dominantního postavení nezneužijí, což je zcela legitimní účel. Obecně je ale také zcela odůvodněné, že v sektorech, kde nefunguje soutěž, existuje regulace *ex ante*, jejímž cílem je účinnou hospodářskou soutěž vytvořit a podporovat, jak tomu je např. v sektoru elektronických komunikací. Avšak kontrola podnikových koncentrací není sektorovou regulací, ale regulací obecného soutěžního práva, a tak je nutné o ní i uvažovat. Pokud lze respektovat regulační opatření v rámci sektoru bez soutěže, kde trh selhává, nebo i z jiných důvodů, které tyto řekneme „ne zcela soutěžní“ zásahy regulačních úřadů legitimují, pak je otázkou zda obdobné mocenské zásahy soutěžních úřadů zejm. Komise, lze řádně odůvodnit

³²⁰ Bejček, J. Soutěžní politika a fúze v evropském kontextu, Masarykova univerzita, Brno, 2010, str. 355

(jako u sektorové regulace) v oblasti, kde trhy a soutěž v nich působí v zásadě účinně a bez jakýchkoli pochyb je postavit jako hospodářské soutěži prospěšné. Mám však za to, že jakákoli regulace *ex ante*, a zejm. kontrola spojování soutěžitelů, sluší spíše skutečně jen oněm sektorům, které jsou soutěžním problémy zmítané, ovšem nelze přehlížet důsledky poslední hospodářské krize, kdy s ohledem na „pády“ velkých podniků a následný „dominový efekt“, se jeví kontrola *ex ante* jako řešením. Otázkou zde je, zda dočasným, či stálým. Vytvoření *dvojkolejné právní úpravy dominantního postavení v soutěžním právu EU*, bylo reakcí na právní instituty obchodního práva, které začaly připouštět spojování podniků, což ve světle rozšíření vnitřního trhu a jisté míry nestability dílčích trhů v jeho rámci, bylo odůvodnitelné stejně, jako nyní uvažíme-li důsledky hospodářské krize a také skutečnost, že k zákazům spojení za celou historii existence tohoto typu kontroly docházelo toliko sporadicky. Nelze tedy uvažovat o právu a jednání podniků na trhu staticky, neboť je zřejmé, že na vývoj jednoho právního odvětví musí reagovat právní odvětví s ním související, na druhou stranu ale není možné, aby jakýkoli větší, ale dočasný, výkyv hospodářské situace na společném trhu automaticky znamenal změnu nebo vytváření nové a nové právní regulace, koneckonců i krize je jevem pro trh zcela přirozeným a zhošťování reglementace tuto krizi dozajista dlouhodobě vyřešit nemůže. Problémem potom je, pokud k tvorbě další právní úpravy, jakým způsobem je provedena – zcela jednoznačně je třeba vnímat hrozby, které ze spojení podniků pro společný trh vyvstat, nicméně jako nevhodný zde spatřuji koncept, na kterém je *Nařízení 139/2004* postaveno, tj. na presumpci jednání (zneužívajícího), které objektivně nenastalo, přičemž tato presumpce vyvěrá z odhadu situace, která by mohla v rámci struktury trhu a jeho budoucího vývoje nastat, která ale samozřejmě nastat nemusí – v tomto je třeba vidět ono omezení svobody podnikání a vlastnického práva ke zdrojům, které představuje *Nařízení 139/2004*.

5.4 Pozice kontroly *ex ante* v soutěžním právu – sektorová regulace vs. obecné soutěžní právo

K otázce dominantního postavení přistupuje poměrně obdobný koncept, založený právě na koncepci dominance v podobě tzv. *významné tržní síly*. Tento koncept se vyvinul v rámci sektorové regulace v oblasti elektronických komunikací. Sektorová regulace se zásadně týká takových odvětví, kde hospodářská soutěž dlouhodobě neprobíhala (energetika, telekomunikace) a pro účely liberalizace a odbourávání bariér pro volnou soutěž vznikají v těchto sektorech také specializované orgány, které mají svými zásahy napomáhat dotváření soutěžního prostředí, avšak nikoli na evropské úrovni, ale na úrovni vnitrostátní. V ČR je to v oblasti elektronických komunikací Český telekomunikační úřad. Vzhledem k tomu, že smyslem existence těchto orgánů

je vytvářet podmínky pro existence soutěže do budoucna, jedná se regulaci *ex ante*. Sektorová regulace tedy zásahy vyloženě potřebuje, má-li k vytvoření podmínek soutěže dojít. Tento systém regulace je tedy podstatně odlišný od toho, který je aplikován na soutěž obecně, neboť soutěžní orgány ve většině případů zasahují až *ex post*. Z pohledu evropského práva tvoří základ sektorové regulace elektronických komunikací tzv. *předpisový rámec elektronických komunikací*, který je tvořen pěti směrnicemi z roku 2002 – nejpodstatnější z nich je pak tzv. *rámcová směrnice*³²¹ a dále také tzv. *soutěžní směrnice*.³²² Cílem těchto směrnic bylo podpoření přechodu této oblasti do prostředí spravedlivé a rovné hospodářské soutěže bez regulace *ex ante* s tím, že pokud vznikne účinná hospodářská soutěž, omezí se sektorové regulační aktivity na minimum. Jak již bylo uvedeno, trh elektronických komunikací je takové povahy, že nebylo možné spoléhat na obecnou soutěžní regulaci a bylo tedy nutné zavést systém ukládání povinností *ex ante* těm subjektům, které mají sílu ovlivnit chování daného trhu, tj. subjektům *s významnou tržní silou*. Pojem *významné tržní síly* přitom do značné míry odpovídá pojmu *dominantního postavení* užívaného v rámci obecného soutěžního práva. Vymezení pojmu *významné tržní síly* je potom obsaženo v čl. 14 rámcové směrnice, dle kterého je za podnik s významnou tržní silou považován takový podnik, který sám nebo ve spojení s jinými podniky zaujímá dominantní postavení, tj. takové postavení ekonomické síly, která mu umožňuje chovat se ve zjevné míře nezávisle na soutěžitelích, zákaznících a spotřebitelích. V zásadě lze říci, že se jedná o ekvivalentní pojem s pojmem *dominantního postavení*, přičemž však rozdíl zde leží v tom, že hodnocení tržní síly v případě elektronických komunikací probíhá *ex ante*, aniž by toto postavení bylo jakkoli zneužito ve smyslu obecných ustanovení soutěžního práva. Dle čl. 14 odst. 3 rámcové směrnice je pak třeba dovozovat, že pokud podnik disponuje významnou tržní silou na určitém trhu, lze jej rovněž považovat za podnik s významnou tržní silou i na trhu úzce souvisejícím, pokud tomu odpovídá povaha vazeb mezi trhy, která musí umožňovat přesouvání síly z jednoho trhu na druhý, čímž je posilována tržní síla podniku. Smysl ukládání *ex ante* povinností je v tom, aby podniky užíváním své tržní síly nenarušovaly soutěž. Podstatná zde potom je analýza relevantních trhů, kterou provádějí vnitrostátní orgány. Pokud pak vnitrostátní regulační orgán zjistí, že na relevantním trhu není účinné konkurenční prostředí, určí podle čl. 14 rámcové směrnice podnik, ev. podniky s významnou tržní silou na daném trhu a uloží takovým podnikům vhodné zvláštní regulační povinnosti nebo zachová či změní povinnosti již uložené.

³²¹ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2002/21/ES ze dne 7. 3. 2002 o společném předpisovém rámci pro sítě a služby elektronických komunikací (tzv. rámcová směrnice)

³²² Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2002/77/ES ze dne 7. 3. 2002 o hospodářské soutěži na trzích s elektronickými sítěmi a službami (tzv. soutěžní směrnice)

Porovnáme-li potom systém sektorové regulace s právní regulací podnikových koncentrací, jsou zde patrné významné systémové podobnosti. Pomineme-li skutečnost, že Nařízení 139/2004 pracuje s pojmem „dominantní postavení“ a *rámcová směrnice* regulující oblast elektronických komunikací s pojmem „významné tržní síly“, které lze považovat za ekvivalentní, nacházíme zde shodu jednak v tom, že jde v obou případech o kontrolu *ex ante*, tj. o kontrolu *předstížnou*, byť úprava kontroly podnikových koncentrací je součástí obecného soutěžního práva; dále že lze podniku uložit povinnosti nebo závazky k zachování účinné soutěže, aniž by své postavení jakkoli zneužil s tím rozdílem, že v případě podnikových koncentrací se tak děje zejm. v rámci řízení o povolení spojení a v případě elektronických komunikací průběžně s tím, že regulační úřad může povinnosti ukládat kdykoli dojde na základě analýzy trhu k tomu, že soutěž není účinná. Stejně tak v obou případech lze podmínky v průběhu upravovat. Z uvedeného pohledu jde tedy o systém dosti podobný – rozdíl zde však je v účelu, jehož má taková kontrola *ex ante* dosáhnout. V případě sektorové regulace elektronických komunikací je zřejmé, že jsou naplněny důvody pro to, aby takováto regulace vznikla, tj. nepochybně trhy v této oblasti selhávaly. Za účelem vybudování soutěže je tedy nepochybné, že podobný *ex ante* mechanismu musel být vybudován, ovšem jak vyplývá z výše uvedeného, jen do doby, než bude účinná soutěž existovat, přičemž dosažením tohoto bodu, tj. liberalizace trhu a odstranění bariér volné soutěže apod., bude tato regulace omezena na minimum stejně jako regulační opatření, neboť již nebudou zapotřebí. Podíváme-li se potom na systém kontroly podnikových koncentrací, je zřejmé, že ke vzniku tohoto systému nevedla snaha vytvořit účinnou hospodářskou soutěž na vnitřním trhu, neboť ten dozajista v roce 1989 a ani později v roce 2004 neselhával jako v případě uvedených sektorově regulovaných oblastí. Mám tedy za to, že *ex ante* element má nastoupit pouze v případě, kdy soutěž neexistuje, nebo je natolik narušená, že dosažení zdravě konkurenčního boje je během na velmi dlouhou trasu. Kontrola podnikových koncentrací se však aplikuje na trhy, kde účinná hospodářská soutěž probíhá a smyslem zamezení spojení podniků je obava z možného narušení hospodářské soutěže, která však vyvěrá z odhadu vývoje na trhu, který však může být jiný, než je Komisí v danou dobu posuzován. Nadto, jak již bylo dříve uvedeno v otázce míry reglementace hospodářské soutěže, kde je účinná hospodářská soutěž, není regulace zapotřebí, neboť soutěž sama je nejlepším autoregulátorem. Pokud bychom se potom podívali na jiné srovnání, tak v případě první podoby kontroly podnikových koncentrací na trhu uhlí a oceli ve smyslu čl. 66 SESUO bylo v poválečném období rovněž zapotřebí, pokud byl zájem na vytvoření fungujícího společného trhu, tento trh nějakým způsobem vybudovat, neboť soutěž neprobíhala na takovéto úrovni – nedalo se v tomto ohledu předpokládat, že jeho založením okamžitě začne fungovat účinná hospodářská soutěž, a to zejm.

s ohledem na možnosti toho kterého státu zapojit se do konkurenčního boje. *Ex ante* element byl proto za takové situace zcela na místě. Konečně, pokud si připomeneme historický vývoj, tak zanedlouho také tato právní úprava s Římskou smlouvou zmizela a objevila se znovu až o 40 let později v souvislosti s rostoucím využíváním právě spojování podniků a ze strachu ze strukturálních změn.

V neposlední řadě je zde otázka paralelní aplikace sektorové a obecné soutěžní regulace. Vychází se obecně z toho, že sektorová a obecně soutěžní právní regulace by se neměla vylučovat, ale vzájemně se doplňovat. Dle rozhodnutí NSS je třeba rozlišovat mezi podporou a ochranou hospodářské soutěže, kdy sektorová regulace a tedy i příslušný regulační úřad působí do budoucna a má vznikající soutěž v rámci sektoru podporovat, naproti tomu soutěžní právo a příslušný soutěžní úřad slouží k ochraně hospodářské soutěže na trhu, což mu umožňuje zasahovat i do dějů již proběhlých, tj. působit *ex post*.³²³ Je třeba si také uvědomit okruh úkolů, které ten či onen orgán při aplikaci příslušné právní úpravy plnit, což nás spíše dovede k rozdílu povahy kontroly *ex post* a *ex ante* – obecně regulační úřady v rámci sektorů nemají pravomoc k ochraně soutěže, ale svojí činností mají za úkol přijímat taková opatření, která budou do budoucna pozitivně stimulovat soutěžní prostředí, není povolán k tomu, aby ukládal sankce za protisoutěžní jednání, neboť pozice regulačního úřadu oproti soutěžnímu je jiná, nadto k ochraně hospodářské soutěže ve smyslu obecného soutěžního práva není ani nástrojově vybaven.³²⁴ Soutěžní úřad však ano, jeho úkolem je ochrana hospodářské soutěže, tj. poněkud širší pojem, který nutně musí zahrnovat i její podporu. Tyto skutečnosti však odráží skutečnou povahu a účel kontroly *ex post* a *ex ante* – kontrola *ex post* by měla a je aplikována na plněfunkční soutěžní prostředí, kde představuje korektiv chování podniků, aby nedošlo k omezení nebo vyloučení soutěže, naproti tomu kontrola *ex ante* je svojí povahou systém podpůrný, který má za úkol soutěž stimulovat k dosažení její plné funkčnosti, kdy jejím dosažením úkol kontroly *ex ante* končí, resp. její uplatnění by mělo být omezeno vytvořením účinné hospodářské soutěže, pokud je to možné, nikoli být součástí obecného soutěžního práva, jako je tomu v případě kontroly podnikových koncentrací.

5.5 Koncept zneužití významné tržní síly jako řešení nedostatků čl. 102 SFEU?

Koncept významné tržní síly, je v tomto kontextu pojat poněkud jinak, než tomu bylo v případě sektorové regulace, jak je výše uvedeno. *Významná tržní síla* ve smyslu sektorové

³²³ rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ČR, č.j. Komp 3/2006-511 – dostupné na - http://www.nssoud.cz/files/SOUDNI_VYKON/2006/000311Komp0600511A_prevedeno.pdf

³²⁴ Ibid.

regulace elektronických komunikací, resp. její definice odpovídá více méně definici *dominantního postavení*, kterou podal ESD ve věci *United Brands*.³²⁵ Pokud bychom uvažovali o konceptu *významné tržní síly*, resp. *jejího zneužití*, coby konceptu řešícím nedostatky čl. 102 SFEU, lze vyjít z vnitrostátních právních úprav, které takový koncept zapracovali do svého právního řádu, přičemž však obsah tohoto pojmu je poněkud odlišný, než jsme si vymezili výše. Výklad o tomto konceptu bude vycházet z právní úpravy České republiky, provedené zákonem č. 395/2009 Sb., o významné tržní síle při prodeji zemědělských a potravinářských produktů a jejím zneužití (dále jen „ZVTS“).

Přijetí zákona o zneužití významné tržní síly bylo odůvodněno návrhovatelem tak, že ZOHS nedostatečně ochraňuje hospodářskou soutěž v případě aplikace ustanovení o zneužití dominantního postavení,³²⁶ když ze samotného pojmu *dominantní postavení* vyplývá, že soutěžitel s tímto postavením může být na trhu toliko jeden, přičemž však dosavadní praxe ukazuje, takových soutěžitelů může být na trhu více.³²⁷ Navrhovatel zákona v tomto smyslu zdůraznil, že je třeba vytvořit samostatnou skutkovou podstatu, dostatečně odlišenou od pojmu *dominantního postavení* a tyto případy, tj. protisoutěžní jednání podniků s významnou tržní silou postihovat samostatně. Cílem tohoto zákona je postihovat praktiky soutěžitele s *významnou tržní silou* vůči ostatním soutěžitelům, kdy jejich tržní síla jim umožňuje vynutit si jednostranně výhodnější podmínky obchodní spolupráce.³²⁸ Zákon je potom konstruován jako *lex specialis* k právní úpravě zneužití dominantního postavení dle ZOHS.

Dle ust. § 3 odst. 1 ZVTS se pojmem *významná tržní síla* rozumí je *takové postavení odběratele vůči dodavateli, kdy se v důsledku situace na trhu stává dodavatel závislým na odběrateli ve vztahu k možnosti dodávat své zboží spotřebitelům a kdy si odběratel vůči dodavateli může vynutit jednostranně výhodné obchodní podmínky*. Dle ust. § 3 odst. 2 ZVTS se významná tržní síla se posuzuje zejména *s ohledem na strukturu trhu, překážky vstupu na trh, tržní podíl* dodavatele a odběratele, jejich finanční sílu, velikost obchodní sítě odběratele, velikost a umístění jeho jednotlivých prodejen. Cit. zákon potom v ust. § 3 odst. 3 stanovil vyvratitelnou právní domněnku, že významnou tržní silou disponuje soutěžitel (odběratel), který dosáhne čistého obrátu ve výši 5 mld. Kč za poslední účetní období vč. jeho dceřiných

³²⁵ viz 2. kapitola této práce

³²⁶ Poslanecká sněmovna PČR - Důvodová zpráva k zákonu č. 395/2009 Sb., o významné tržní síle při prodeji zemědělských a potravinářských produktů a jejím zneužití – dostupné na - <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=5&CT=431&CT1=0>

³²⁷ Ibid.

³²⁸ Ibid.

společností působících na trhu v ČR. Předestřená právní úprava je tedy, jak napovídá výše uvedená definice *významné tržní síly*, namířena na řekněme „protisoutěžní“ praktiky obchodních řetězců, které svojí tržní silou nutí své odběratel k přistoupení na pro ně nevýhodné podmínky odběru jejich produktů. Tento zákon se však už od jeho přijetí potýká s řadou kritických reakcí, neboť příkladmo nedefinuje přímo v zákoně jednání, které má být za *zneužití významné tržní síly* považováno, je to obsaženo v jeho přílohách, ovšem stanovení povinností musí být v takovém případě upraveno zákonem - řadu nedostatků blížeji vyčítá Pelikán.³²⁹

V souvislosti s námi řešeným problémem nám však nejde o konečný koncept *zneužití významné tržní síly*, jak se objevil právě v právní úpravě České republiky, ale o způsob, jakým byl (úspěšně či neúspěšně) problém v podobě nedostatku ZOHS v oblasti zneužití dominantního postavení řešen. Skutečnost, že i čl. 102 SFEU má své neřešené rezervy není žádným tajemstvím a v souvislosti se spojováním soutěžitelů tuto skutečnost expresivně demonstroval i ESD ve věci *Continental Can*, jak bylo výše rozebráno. Pro nás je však podstatné, že výklad čl. 102 SFEU, provedený ESD ve své rozhodovací praxi, jeho aplikaci na spojení podniků nezavrhl a konstruoval koncept tzv. strukturálního zneužití dominantního postavení. Pokud bychom tedy chtěli odstranit dvojí pohled na otázku dominantního postavení, tj. odstranit proti sobě jdoucí právní úpravy, a zároveň ponechat kontrolu spojování podniků, je koncept významné tržní síly velice příhodný. Samozřejmě nikoli v podobě, jak se vyskytl v českém právním řádu v ZVTS, neboť ten je nastaven toliko jednostranně a počítá s významnou tržní silou a jejím zneužitím pouze v případě odběratele a nikoli dodavatele.

Při konstrukci návrhu řešení v tomto smyslu, tj. revize čl. 102 SFEU, je třeba nejprve odpovědět na to, co nám přesně vadí – v první řadě je to skutečnost, že existuje dvojím a nadto jiným (protisměrným) způsobem regulována otázka dominantního postavení na trhu a pokud pohlédneme na hospodářskou soutěž jako na autoregulátor, přičemž zároveň spoléháme na její přirození tržní mechanismy, vadí nám také samotná skutečnost, že ke kontrole spojování podniků vůbec dochází, čím dochází k neodůvodněnému omezování svobody podnikání a vlastnického práva podniků, neboť máme za to, že kontrolní mechanismy *ex post* soutěžního práva EU jsou dostatečné pro zachování účinné hospodářské soutěže na trhu. Pokud by nám vadily obě uvedené skutečnosti, bylo by jednoduché přistoupit k návrhu Nařízení 139/2004 zrušit. Avšak věc není takto jednoduchá a jak bylo uvedeno v úvodních částech této práce, nelze nevidět, že spojování

³²⁹ Pelikán, R. Zákon o významné tržní síle – legislativní „Dada“ směřuje do praxe, Antitrust 2009/0, 2009, str. 34 – 35; dostupné také z - <http://www.antitrust.cz/zakon-o-vyznamne-trzni-sile-legislativni-dada-smeruje-do-praxe-p-15.html>

podniků pro soutěž samozřejmě určitou hrozbu v některých případech znamenají. Pokud bychom chtěli regulovat spojující se podniky, kdy takovéto spojení pouze posiluje dominantní postavení, stačil by nám na druhou stranu koncept *strukturálního zneužití dominantního postavení*, jak byl formulován ESD ve věci *Continental Can* – tento způsob řešení by však opět znamenal současnou neexistenci Nařízení 139/2004. No a konečně, pokud bychom chtěli zachovat současný, nebo alespoň podobný systém kontroly podnikových koncentrací a zároveň odstranit rozpornost právní úpravy čl. 102 SFEU a Nařízení 139/2004 v otázce regulace dominantního postavení, nabízí se cesta prostřednictvím revize čl. 102 SFEU, která by pracovala právě s institutem *zneužití významné tržní síly*. Tato změna by znamenala, že čl. 102 SFEU nezakazoval primárně *zneužití dominantního postavení*, ale *zneužití významné tržní síly*. Zneužití dominantního postavení by potom bylo kvalifikovanou skutkovou podstatou odůvodňující např. přísnější sankci na porušení tohoto článku SFEU. Tedy, pro ilustraci - s vnitřním trhem by bylo neslučitelné, a proto zakázané, pokud to může ovlivnit obchod mezi členskými státy, aby jeden nebo více podniků zneužívaly významné tržní síly na vnitřním trhu nebo jeho podstatné části. Vzhledem k tomu, že znění stávajícího čl. 102 SFEU nebránilo jeho aplikaci na spojení podniků v minulosti, pro toto znění by to platilo obdobně s tím rozdílem, že by došlo k vykrytí nedostatku vyčítaného konceptu *strukturálního zneužití dominantního postavení* podle rozhodnutí ve věci *Continental Can*, kde bylo možné postihnout spojení, které mělo za následek toliko posílení již stávajícího dominantního postavení, zde by se jednalo o *strukturální zneužití významné tržní síly*, kde by mohly být postiženy i podniky, které se teprve do dominance spojují nebo jí ani spojením nedosahují, ale toto spojení poškozuje hospodářskou soutěž. Jednalo by se tedy na rozdíl od Nařízení 139/2004 o kontrolu *ex post*, přičemž Komise by musela být vybavena dostatkem nástrojů k napravení již existujícího spojení, tj. např. disponovat oprávněním prohlásit spojení za neplatné, ev. zrušit transakci, kterou byla získána kontrola nad jiným podnikem nebo v krajním případě možnost přikázat rozdělit spojený podnik. Výkladový problém, kromě již obvyklých, by byl s definicí *významné tržní síly*, kde na rozdíl od dominantního postavení by bylo dle mého názoru nutné se přiklonit ke stanovení hranice tržního podílu, např. za podnik s významnou tržní silou by mohl být považován takový podnik, který spolu s dalšími podniky dosahuje např. 20 - 25 % tržního podílu, tj. bylo by nutné spolehlivě vyloučit dominanci, ale na druhou stranu prokázat takovou tržní sílu podniku a jeho konkurentů, že která mu umožňuje svým jednáním narušit hospodářskou soutěž, ať již spojením s jiným podnikem nebo restriktivní praktikou. *Evropská dimenze* spojení by byla nastavena teritoriálně, jak bylo specifikováno výše, v případě konceptu strukturálního zneužití dominantního postavení.

Výše uvedený nástin revize čl. 102 SFEU by však narazil hned na několik problémů, jednak by došlo k tomu, že by se zpřísnila kontrola stávajících restriktivních praktik, kdy je postihováno až zneužití dominantního postavení, nikoli významné tržní síly, což nepochybně není zcela správným krokem. Dalším problém by nastal při samotné aplikaci tohoto revidovaného článku, neboť by zřejmě dlouho trvalo vytvoření obecně přijímané definice *významné tržní síly*, což by mohlo vyústit k částečné neaplikovatelnosti tohoto ustanovení a v neposlední řadě problém navazující na první z uvedených, došlo by dle mého názoru k takovému nahuštění soutěžní regulace, která by paradoxně mohla v krajním případě hospodářskou soutěž až paralyzovat, neboť bylo regulováno zcela „všechno“. Podniky by se mohly začít obávat se přirozeně na trhu chovat a zapojovat se do konkurenčního boje ze strachu z postihu i za neškodné jednání, které by mohlo být vyhodnoceno jako soutěži neprospěšné, neboť hranice významné tržní síly by byla zřejmě velice neostrá, stejně jako v případě dominantního postavení, avšak na rozdíl od podniku s významnou tržní silou si je dominant, s ohledem na jeho činnost na trhu, obvykle velice dobře vědom toho, že disponuje dominantním postavením. Konečně, pokud by k takovéto právní skutečnosti došlo, získala by Komise v rámci svého rozhodování poměrně velký prostor oproti stávajícímu systému pro správné uvážení, což také nelze považovat za prospěšné, neboť by to mohlo vést ke zvlí tohoto soutěžního orgánu, nadměrné kontrole mnohdy „domnělých“ soutěžních problémů, kde by mohly také začít působit různé lobbistické skupiny atd.. Nadto je zde jedna dílčí otázka směřující do jednotnosti právní úpravy, tj. zda chceme mít (pokud vůbec chceme) spojování podniků regulováno jednotně, neboť čl. 102 SFEU by se týkal zejm. otázky jen některých způsobů nabytí kontroly (jako např. v případě *Continental Can*) a tedy by muselo být mnohdy postupováno i dle ust. čl. 101 SFEU, jako tomu bylo v rozhodnutí ESD ve věci *Philip Morris – Rothmans*.³³⁰ Pokud bychom se tedy podívali na koncept významné tržní síly, jeví se s ohledem na jeho velice problematickou aplikovatelnost, jako nepoužitelný, nadto velmi reálně hospodářskou soutěž paralyzující. Co je podstatné k rozebíranému tématu, tento koncept by neřešil otázku rozpornosti pohledu na *dominantní postavení*, neboť by sice z textu přímo nevyplývalo, že má tento koncept sloužit k zabránění vzniku dominantů na trhu, nicméně s ohledem na přísnější povahu takové revize, by se k tomu došlo výkladem s tím rozdílem, že by nešlo o kontrolu předstižnou.

³³⁰ viz rozhodnutí ESD ve věci *Philip Morris – Rothmans*, C-142 a 156/84 – v této věci bylo, kromě jiného, i postupováno dle čl. 85 Smlouvy (nyní čl. 101 SFEU), kde byla uzavřena smlouva mezi firmami Philips Morris a Rembrandt, podle níž Philips Morris koupil od Rembrandta za 350 mil. \$, 50 % akcií v Rothmans Tobacco (Holdings) Ltd. holdingové společnosti plně vlastněné Rembrandtem, který vlastnil dostatečně velký balík akcií v Rothmans International plc., aby mohl kontrolovat tuto společnost, která je významným producentem cigaret na trhu Společenství, zejména na trhu v Beneluxu. Podle uvedené smlouvy získal Philip Morris nepřímý podíl 20,9 % ze zisku svého kontraktu Rothmans International. – viz odst. 1 – 6, 36 - 39

5.6 Evropská (unijní) dimenze – čl. 102 SFEU x Nařízení 139/2004

Tento článek je na závěr této kapitoly věnován spíše okrajovému problému, a totiž standardu, resp. nutné míry narušení hospodářské soutěže z pohledu aplikovatelnosti čl. 102 SFEU a Nařízení 139/2004 v souvislosti s tzv. evropskou dimenzí (prvkem). Evropská dimenze spojení podniků, stejně jako evropská dimenze (prvek) zneužití dominantního postavení představuje význam a rozsah toho kterého jevu pro vnitřní trh EU, přičemž jejím dosažením se aktivuje aplikace evropského (unijního) práva. Evropská dimenze zneužití dominantního postavení je stanovena územně tak, že je třeba, aby k tomuto zneužití došlo na vnitřním trhu EU nebo na jeho podstatné části, kdy území členského státu bez ohledu na jeho rozlohu je podstatnou částí vnitřního trhu. Toto je logické vyústění toho, že každý stát má své místní, regionální trhy, kde zneužití nepřesahující jejich rámec nemůže evropský vnitřní trh ohrozit a v tomto případě se aplikuje vnitrostátní soutěžní právo. Mám za to, že zde rozsah zneužití opravňující zásah Komise pak musí být jednoznačně podstatný v rámci vnitřního trhu. Pokud zde potom uvážíme všechny různé podnikatelské sektory a oblasti, tak není zde podstatný jejich obrat a záleží na vymezení trhu a zjištění existence dominantního postavení. Specialitou je však v tomto smyslu evropská dimenze spojení podniků, neboť ta je postavena na obratových kritériích – je zde hodnocen světový obrat v miliardách EUR; evropský obrat ve stovkách milionů EUR a dílčí test pracuje se stovkami i desítkami milionů EUR – tyto obratová kritéria, jak již bylo uvedeno, jsou relevantní pro účely notifikace spojení podniků Komisi. Pokud by měl koncentrovaný podnik obrat v těchto astronomických číslech, byl by jistě způsobilý do budoucna se nějaké té restriktivní praktiky dopustit, ovšem stejně je zde podmínka zejm. v onom posílení nebo získání dominantního postavení, přičemž dozajista získat nebo posílit dominantní postavení na trhu mohou podniky v rámci spojení, vyvíjející hospodářskou činnost např. na území dvou, tří členských států (což by jistě splňovalo evropskou dimenzi pro účely zneužití dominantního spojení), avšak těchto obratových kritérií nedosahují, neboť v rámci teorie lze dospět k tomu, že prostředí všech hospodářských činností a na jejich relevantních trzích nemá vůbec potenciál těchto obrátů, nutných k notifikaci spojení podniků, dosáhnout. Lze namítnout, že by se na ně vztahovala vnitrostátní úprava a za spojení by podniky mohly být postiženy obdobně, to však nemění nic na tom, evropské pojetí tohoto *ex ante* systému kontroly podnikových koncentrací by tyto obratově slabší podniky (a trhy), byť by spojením v rámci několika členských států, z působnosti Nařízení 139/2004 diskvalifikovalo, přičemž na druhou stranu by se na ně vztahoval čl. 102 SFEU v případě zneužití svého dominantního postavení, neboť by podmínku evropské dimenze pro zneužití splňovaly. V tomto smyslu se nabízí otázka, zda systém kontroly podnikových koncentrací nemohl teoreticky diskriminovat podniky působící v oblasti, kde lze tohoto obratu

v rámci spojení dosáhnout poměrně snáze, jako např. soukromé aerolinie apod. a neodůvodněně zvýhodňuje ostatní, když uvážíme, že sice mají obecně větší obrat, nicméně odpovídající struktuře nákladů a příjmů v této oblasti. Spatřuji tedy v těchto obratových kritériích poněkud nerovnost mezi podniky v rámci vnitřního trhu obecně. Těžko usuzovat, zda by bylo lepší se zde vydat cestou úpravy obratových kritérií na oblasti hospodářských činností, podle toho, zda jsou schopny určitý obrat v rámci své činnosti vyprodukovat. Dále je zde problém v tom, že v praxi může Komise jednomu podniku díky například souběhu jednání, nebo i v případě paralelního jednání vyměřit sankci při aplikaci čl. 102 SFEU a současně i aplikaci Nařízení 139/2004, což u nízko obratových odvětví, kde není a zřejmě je nemožné dosáhnout evropské dimenze spojení, nelze. Pokud evropská právní úprava zneužití dominantního postavení a kontroly podnikových koncentrací sleduje v zásadě stejný cíl, tj. zachování účinné hospodářské soutěže na vnitřním trhu a brání jejímu narušení, lze konstatovat, že přístup dle čl. 102 SFEU je rovný ke všem účastníkům vnitřního trhu, neboť není rozhodné, zda je podnik dominantní na větším nebo menším trhu při zachování podmínky evropské dimenze zneužití s tím, že takto ani není posuzováno, zda podle velikosti trhu, nebo jeho obratových možností je to či ono porušení větší nebo menší. Jinými slovy rozsah narušení hospodářské soutěže se poměřuje toliko ve vztahu k relevantnímu trhu. Naproti tomu v případě spojování podniků Nařízení 139/2004 v tomto ohledu ke všem spojení rovně nepřistupuje, přičemž mám za to, že i koncentrovaný podnik na nízkoobratovém trhu má potenciál soutěž na něm probíhající podstatně narušit ve smyslu tohoto Nařízení. Pojetí podstatného narušení hospodářské soutěže je tak dle stávajícího stavu třeba vnímat toliko v kontextu příslušné právní úpravy a zřejmě nikoli podle reálného stavu na trhu, což jsem toho názoru, že odporuje cílům vnitřního trhu, neboť z pohledu soutěžního práva lze o větší či menší intenzitě narušení hospodářské soutěže uvažovat zásadně v případě aplikace výjimky z obecného pravidla, zejm. pokud se jedná o zakázané dohody, kdy nižší intenzita narušení hospodářské soutěže je polehčující okolností a není zájem na jejím postihu, nicméně i to respektuje vlastnosti všech možných trhů, neboť kritéria nejsou postaveny na výkonnosti samotného trhu nebo podniků, ale na pozici podniků v rámci trhu a pozici jejich konkurentů. Nařízení 139/2004 vytváří tedy jakýsi jiný standard narušení hospodářské soutěže, avšak i kdyby to bylo záměrem, je třeba uvažovat o kontrole podnikových koncentrací jako o součásti obecného soutěžního práva a v tomto případě, by tedy nemělo být právo aplikováno na základě ekonomického výkonu (jako např. obratu), kdy by některé trhy mohly být z aplikace Nařízení vyjmuty, ale kritérium by mělo ležet ve struktuře trhu tak, aby nebylo žádných pochyb o aplikaci nařízení na všechny trhy bez ohledu na jejich ekonomickou výkonnost. Tato úvaha vychází z toho, že lze výjimkou podle intenzity narušení jednání z postihu soutěžního práva EU a také se to

tak i běžně děje, ale je z mého pohledu sporné, pokud jakkoli nastavená kritéria byt' jen teoreticky vyjímají zcela neodůvodněně celé trhy z aplikace unijního práva (nařízení), nadto v celku neurčitý počet takových trhů a nikoli jen konkrétní jednání nižší nebo zanedbatelné škodlivosti pro soutěž. Ale jak již bylo uvedeno, jde o konstrukci zásadně teoretickou, směřující do obecných zásad právní regulace jako takové, jsou zde navíc také právní úpravy vnitrostátní v této oblasti, nicméně ty by dle mého názoru neměli sloužit k tomu, aby řešily nedostatky práva unijního, ale otázky výhradně regionálního trhu.

Závěr

Pro tuto práci tedy byla a je klíčovou otázka dominantního postavení, neboť tento prvek podstatnou součástí jak právní úpravy restriktivních praktik ve smyslu čl. 102 SFEU, tak Nařízení 139/2004 o kontrole podnikových koncentrací (jak bude níže shrnuto). Myšlenka této práce vycházela z toho, že evropské soutěžní právo (stejně jako většina vnitrostátních soutěžních zákonů) vytvořila *dvě koleje posuzování právě dominantního postavení* podniku na trhu, kdy zjednodušeně řečeno čl. 102 SFEU zabráňuje zneužití dominantního postavení podniku na trhu, přičemž jeho dominantní postavení je nutnou podmínkou aplikace, nicméně nezakázanou. Naproti tomu Nařízení 139/2004 zabráňuje tomu, aby se podnik spojením s jiným do dominantního postavení dostal nebo toto postavení posílil, tj. v případě tohoto nařízení je již dominantní postavení v zásadě nežádoucí jev, jehož dosažení může být postihováno zrušením nebo neplatností spojení podniků. Ovšem soutěž jako taková je však velmi dynamický proces, ve kterém je vznik dominanta v zásadě přirozeným důsledkem konkurenčního boje nebo také důsledkem hospodářské krize. Takto přirozeně vzniknuvší dominant je z dosahu jakéhokoli postihu či uložení podmínek a závazků ze strany Komise, pokud svého postavení nedosáhl zakázanou praktikou, nicméně ani vznik dominanta právní cestou, tj. spojením podniků, není samozřejmě nic protiprávního, naopak je toto přepokládáno vnitrostátními úpravami jako možnost růstu podniku, rozvoje, inovací, vstupu na nové trhy v rámci vnitřního prostoru, nebo na trhy mimo něj apod. Rozdíl však je zde v tom, jakým způsobem bylo dominantní postavení na trhu získáno nebo posíleno. Úprava čl. 102 SFEU respektuje smluvní svobodu, vlastnické právo podniků k jejich zdrojům a jistě není ani prostředkem omezujícím tržní svobody, zejm. volného pohybu kapitálu, tj. postihuje jednání *ex post*, které je považováno za zneužití, pokud je podnik v dominantním postavení. To se však nedá říci o úpravě Nařízení 139/2004, které nejen že omezuje svobody vnitřního trhu, když neumožňuje v určitých situacích průchod investice do jiného podniku za účelem spojení s ním, ale zejm. omezuje smluvní svobodu a vlastnické právo spojovaných podniků k jejich zdrojům, kapitálu. Omezení, které představuje Nařízení 139/2004 je dle preambule tohoto nařízení vyváжено veřejným zájmem na tom, aby nedocházelo k takovým strukturálním změnám na trhu, které by v důsledku znamenaly narušení (snížení) hospodářské soutěže, zejm. tím, že podnik spojením získá nebo posílí své dominantní postavení. Je tedy zřejmé, že na otázku dominantního postavení je nazíráno pokaždé jinou optikou, avšak společným cílem je, aby nedošlo k narušení účinné hospodářské soutěže – v jednom případě zneužitím dominantního postavení a v druhém tím, že se předpokládá, že nabyté postavení by bylo k tíži soutěže zneužito a vytvořily by se překážky trhu, které jsou spojené s existencí

dominanta na něm. S ohledem na odlišné pojetí úpravy v zásadě stejného prvku, byla tato práce zaměřena na koncepční prvky každé z úprav a na konflikty (jak bude níže shrnuto a zhodnoceno), které zde v souvislosti s přijetím zejm. Nařízení 4064/89 a posléze Nařízení 139/2004 o kontrole podnikových koncentrací, vznikly.

V úvodu této práce byly stanoveny její cíle, které směřovaly do úvah nad otázkami, zda uvedená „dvojkolejnost právní úpravy dominantního postavení“ je problémem v aplikaci práva, tj. zda sama o sobě něčemu překáží, a pokud ano, tak čemu? Hospodářské soutěži jako takové? Podnikům nebo spotřebitelům? Samotnému právu? Komisi při aplikaci práva? Členským státům EU a jejich partikulárním zájmům? A dále jaká je *pozice právní úpravy zneužití dominantního postavení kontroly podnikových koncentrací v soutěžním právu EU; význam dominantního postavení podniku při aplikaci čl. 102 SFEU a aplikaci Nařízení 4064/89 a Nařízení 139/2004; smysl kontroly ex post a ex ante v soutěžním právu EU; míra regulace dominantního postavení v EU odpovídající potřebám vnitřního trhu.*

Pro účely vypořádání se s uvedenými problémy jsme se v kapitole páté zabývali dílčími otázkami spojenými s oběma právními úpravami – byla zde řešena samotná otázka významu dominantního postavení ve smyslu obou právních úprav, což lze považovat s ohledem na téma této práce jako zásadní východisko; na rozhodnutí ESD ve věci *Continental Can* byl demonstrován jednak přístup ESD k aplikaci čl. 102 SFEU na spojení podniků a jednak vykonstruován modifikovaný koncept *strukturálního zneužití dominantního postavení*, který by mohl řešit otázku dvojího nahlížení na *dominantní postavení* podniků. Byla zde řešena také otázka „rozumné“ a „smysluplné“ soutěžní regulace, tj. otázka, jakým způsobem by měla být hospodářská soutěž regulována a význam a úkoly *ex post* a *ex ante* soutěžní regulace. Následně byla rozebrána otázka možné řešení rozebíraného problému na konceptu *významné tržní síly*, kterým se řada členských států vč. ČR snažila vyřešit nedostatek právní úpravy zneužití dominantního postavení a byl zde konstruován koncept *zneužití významné tržní síly*, resp. *strukturální zneužití významné tržní síly*. V neposlední řadě jsme se věnovali otázce *evropské dimenze* právní úpravy čl. 102 SFEU a Nařízení 139/2004, tj. míry potřebného narušení hospodářské soutěže na společném trhu tak, aby bylo možné aplikovat unijní právo. Pro rozkrytí historických důvodů existence „dvojího“ pojetí právní úpravy dominantního postavení, byl též v relevantních kapitolách proveden historický exkurs antimonopolním právem USA a vývojem práva v Evropě, avšak s ohledem na rozdílnou povahu obou trhů a důvody, které vedly ke vzniku příslušných právních úprav, nelze potřebnou souvislost vysledovat – jednak v případě USA byl

stupeň integrace v tomto smyslu zcela někde jinde, než tomu bylo v Evropě v roce 1951 a i následně další desítky let - nadto důvody vzniku americké právní úpravy soutěže na konci 19. století a začátku 20. století však byly protekcionistické na základě nátlaku zájmových skupin mešich a méně výkonných soutěžitelů, kteří požadovaly zavedení takové úpravy pro svojí vlastní ochranu a zajištění existence na trhu a nikoli pro ochranu soutěže jako procesu, kdy americký senát si takovýto způsobem vykupoval volební podporu. Evropa při vzniku první podobné právní úpravy v SESOU však stála před zcela jinými cíly a za zcela jiné situace – zde bylo třeba integrace a spolupráce zejm. s ohledem na zbídačené ekonomiky po druhé světové válce, přičemž komplikovanější byl společný trh oproti případu USA s ohledem na neintegrovatost evropských států, které bylo „dosaženo“ o mnoho let ba desítek let později. Z podoby současného unijního práva lze však dovodit, že nepochybně svojí inspiraci v americkém antitrustu hledal, bohužel však historické konotace v tomto smyslu odpověď na výše položené otázky nepodávají. Nelze zde ani zcela poměřovat efektivitu obou právních systémů, neboť jsou založeny na jiné právní tradici, čemuž odpovídá i způsob aplikace soutěžního práva, kdy v Evropě převládá veřejné prosazování soutěžního práva a naproti tomu v USA soukromé. Nadto, pokud se bychom porovnaly § 2 Sherman Act a čl. 102 SFEU, jsou samotnou dikcí rozdílné, ovšem výklad amerických soudů dospěl v této otázce k takové aplikaci, která odpovídá čl. 102 SFEU, pokud jde o úpravu spojování podniků, je i zde více než patrná podobnost, neboť americká úprava pracuje se substantivním testem podstatného snížení soutěže, přičemž evropská pracuje s kombinací tohoto testu a testu dominance, který byl obsažen v Nařízení 4064/89, tj. v zásadě by bylo možné říci, že v případě amerického antitrustu jak na otázku *dominantního postavení* nahlíženo obdobně, tj. dvojím způsobem. Potom důvody, které stojí za vznikem jakékoli právní úpravy, jsou vždy politické a měly by odrážet společenské potřeby, tj. měly vznikat k ochraně společensky žádoucího stavu – což rovněž podává rozdílný pohled na americký a evropský antitrust.

Abychom dokázali odpovědět na výše uvedené otázky, je třeba podtrhnout některé závěry, ke kterým jsme v průběhu textu došli, které potom budou odrážet způsob, jakým byly navrhovány úpravy k odstranění dle mého názoru rozporného stavu v otázce dominantního postavení. Tedy:

1. Právní úprava regulace hospodářské soutěže by měla vycházet z respektu k autoregulačním mechanismům soutěže, pokud soutěž na trhu dlouhodobě účinně probíhá, tj. obecné soutěžní právo by mělo pracovat toliko s kontrolou jednání podniků

v rámci soutěže *ex post* – kontrola *ex ante* je vlastní trhům, kde soutěž dlouhodobě neprobíhala a slouží k její podpoře a vývoji, po jehož dosažení její úkol končí, neboť obecně znamená velké zásahy do podnikatelských svobod, ovlivňuje obchodní rozhodování podniků a omezuje vlastnické právo ke zdrojům, tj. brání průchodu investic. V případě, že soutěž na trhu dlouhodobě neprobíhá, jsou nástroje *ex ante* zcela odůvodněné, neboť je nepochybně cíle vytvoření účinné, efektivní soutěže na trhu, nicméně jako v případě elektronických komunikací jsou takováto opatření dočasné povahy, tj. do vytvoření zdravého soutěžního prostředí.

2. Právo obecně by mělo být v naprostém souladu a je nemyslitelné, aby jeho výklad směřoval proti sobě, stejně, jak ESD konstatoval ve věci *Continental Can* v případě výkladu čl. 101 a 102 SFEU (viz čl. 5.2.1 této práce). Stejně by tomu tak mělo být při pohledu na otázku *dominantního postavení*, neboť jak čl. 102, tak Nařízení 139/2004 sledují stejný cíl a je proto velice sporné až řekl bych nežádoucí, aby to, co respektuje právní úprava obsažená v SFEU, jiná právní úprava v tomto stejném prostoru nerespektovala. Lze uvažovat o tom, že by čl. 102 SFEU a Nařízení 139/2004 tvořili komplex ochrany soutěže, nicméně v krajních případech by čl. 102 SFEU byl aplikovatelný toliko na podniky, které nabyly své postavení přirozeně v rámci rozvoje, inovací apod.; na podniky, které by se spojovaly, by mohl dopadnout čl. 102 SFEU pouze v případě, že bude dominantního postavení dosaženo nikoli v souvislosti se spojením později, neboť to by jim v takovém případě zakázala Komise v souladu s Nařízením 139/2004. Přičemž v tomto ohledu si je třeba uvědomit, že kontrola podnikových koncentrací probíhá na základě SIEC testu, tj. podstatného snížení soutěže, kde je určující zejména to, zda spojením je dosaženo dominance nebo zda je posílena, nicméně text uvádí „zejména tím“, tj. Komise samozřejmě může zakázat i takové spojení, které dominance nedosahuje ani jí neposiluje – skutečnost, že Komise v současnosti aplikuje SIEC test v zásadě jako test dominance, kde je dominantní postavení určující hledisko, na tom nic nemění, neboť v budoucnu s ohledem na vývoj trhu může Komise svojí praxi změnit a má k tomu i dostatečný prostor. Trend rozšiřování *ex ante* kontroly na plněfunkčním trhu proto nemůže být krokem správným směrem, neboť by soutěž probíhala pod taktovkou Komise a nikoli tržních mechanismů, jejichž udržení je cílem.
3. Právo obecně, natož unijní soutěžní právo, nemůže pouze nečinně přihlížet dynamice hospodářské soutěže a je nepochybné, že samotná její pravidla musí reagovat na nové

hrozby pro účinnou soutěž, pokud jsou však trvalé a skutečně způsobilé zdravé soutěžní prostředí ohrožit. Bylo by potom velice jednoduché říci, že v určitých situacích jakékoli jednání dovedené do extrémní podoby může být soutěž narušující, ovšem to neznamená, že při zjištění tohoto faktu bude docházet k legislativní explozi a masové výrobě soutěžní regulace, aby náhodou některé jednání soutěžnímu úřadu neušlo. Konečně, samotné spojování podniků, jak již bylo uvedeno, přináší řadu svých výhod, nejen pro rozvoj soutěže, ale také pro spotřebitele (viz kapitola 4. této práce). Nelze totiž zapomínat na to, co již bylo uvedeno výše, hospodářská soutěž, pokud jsou na ni zaručena a respektována práva a svobody, jak je tomu v rámci vnitřního trhu, nepochybně vlastními mechanismy dokáže z větší části soutěž regulovat sama. Nelze sice na druhou stranu s ohledem na vývoj zejm. obchodního práva autoregulaci soutěže přeceňovat, ovšem opačný přístup znamená zavedení velmi husté a nepřehledné právní úpravy, jejíž aplikovatelnost by byla pochybná. Regulace soutěže by tedy měla být až krajním mantinelem držícím soutěž v určitých mezích (*ultima ratio*) tak, aby soutěž nebyla vyloučena. Bylo by totiž bláhové si myslet, že díky produkci nové a nové regulace by k selhávání trhů nedocházelo. Hospodářská soutěž je poměrně živý organismus, kde nelze vše předvídat a právem upravit ku prospěchu věci.

S ohledem na výše uvedené přijaté závěry jsme se přiklonili k návrhům řešení spočívající v revizi čl. 102 SFEU, tj. za současné neexistence oddělené úpravy kontroly podnikových koncentrací. První navrhovaný koncept, který by mohl řešit předestřený problém, vychází z rozhodovací praxe ESD, a to z rozhodnutí ESD ve věci *Continental Can*, kde soud konstruoval koncept *strukturálního zneužití dominantního postavení*, čímž suploval v té době neexistující právní úpravu kontroly podnikových koncentrací, když subsumoval spojení podniků pod čl. 102 SFEU. Tento koncept byl však kritizován jednak proto, že nepokrýval všechny způsoby možného spojení podniků a jednak proto, že postihoval až toliko posílení dominantního postavení, nikoli jeho nabytí, což odpovídá podmínkám aplikace čl. 102 SFEU. V ostatních případech bylo postupováno rovněž dle čl. 101 SFEU, jako tomu bylo v případě *Philip Morris – Rothmans* (viz výše). Pokud jsme přijali závěr, že v právních úpravách dominantního postavení je rozpor, který je třeba odstranit, pokusili jsme se, pomocí konceptu v cit. rozhodnutí, nastínit možné řešení tohoto problému. Vycházeli jsme však také z toho, že dominantní postavení není nic nedovoleného, tj. jako problém jsme nepovažovali fakt, že aplikace čl. 102 SFEU by nepostihovala nabytí dominantního postavení, ale až jeho posílení, což by odpovídalo požadavku aplikace unijního práva v rámci soutěže až na krajní případy. V tomto smyslu jsme uvažovali

revizi čl. 102 SFEU, dle které by do výčtu demonstrativního zakázaného jednání v dominantním postavení byla vložena skutková podstata v podobě posílení dominantního postavení podniku spojením (modifikovaná verze původní konceptu dle *Continental Can*). Tato praktika by pak byla vykládána ve smyslu rozhodnutí *Continental Can*. Nový koncept by vyžadoval však upravit také možnost Komise takového spojení zrušit, ev. bylo by možné uvažovat o vzoru právní úpravy v USA, tj. o možnosti následně podniky rozdělit na různé samostatné celky nebo zrušit transakci, která by vedla k nabytí kontroly. Takovýto koncept by působil i poměrně preventivně, pokud by se nad spojujícími se podniky vznesla hrozba jejich nuceného rozdělení. Ovšem na druhou stranu by zřejmě mohl narazit na práva svobodného podnikání v rámci vnitřního trhu a v neposlední řadě v případě rozdělení podniku, coby postihu za protisoutěžní jednání, i na ochranu práv vlastnických a také ochranu spotřebitele, tj. práv třetích osob. V tomto smyslu by byl zaveden jiný standard ochrany hospodářské soutěže, tj. kontrola by byla méně přísná a aplikace této úpravy by tak byla velice ojedinělá, což by spíše odpovídalo požadavkům na zachování svobod vnitřního trhu a vlastnického práva podniků. Nadto vzhledem k tomu, že by se jednalo o kontrolu *ex post*, naplnilo by to spíše požadavek menšího zasahování do plněfunkční soutěže. Otázka zásahu Komise dle čl. 102 SFEU byla vyřešena již rozhodovací praxí ESD, který jednoznačně konstatoval, že Komise nemusí čekat se zásahem do doby, až bude soutěž vyloučena nebo podstatně narušena (viz výše). Soutěžní právo by tak tvořilo spíše harmonický celek, neboť by veškerá právní úprava byla obsažena v SFEU. V neposlední řadě je zde otázka *evropské dimenze*, která by nebyla stanovena podle výše obratu (k tomu blíže viz čl. 5.6 této práce), ale v souladu se současnou aplikací čl. 102 SFEU, teritoriálně, přičemž by bylo zapotřebí, aby spojení zasahovala alespoň do dvou členských států EU, vnitrostátními fúzemi by se zabýval národní soutěžní úřad. Nevýhodu tohoto konceptu, kterou zde spatřuji, by byla nutnost paralelní aplikace čl. 101 SFEU, neboť s ohledem na povahu čl. 102 SFEU a legální možnosti, který se podniky mohou spojit, je zřejmé, že aplikace čl. 102 SFEU by ani v případě tohoto konceptu, se smířením se s tím, že bude regulováno v případě spojení, jen posílení dominantního postavení, nedostačovala na veškeré způsoby, kterými se podniky mohou spojit. Je otázka, zda trváme na jednotnosti právní úpravy spojování podniků, čemuž Nařízení 139/2004, přes jeho sporné momenty vyhovuje nejvíce, nebo zda se smíříme s tím, že Komise bude dle povahy jednání postupovat dle čl. 101 nebo 102 SFEU nebo obou – obecně v tomto postupu problém nevidím, nadto Komise takto aplikuje soutěžní právo běžně.

Druhým, spíše pokusem, jak sestavit alternativu (koncept) právní úpravy kontroly podnikových koncentrací ke stávajícímu Nařízení 139/2004, bylo využití konceptu tzv. *významné*

tržní síly, se kterým začali pracovat členské státy EU, aby pokryly nedostatky národních úprav zneužití dominantního postavení. Skutečnost, že existují praktiky, nikoli dominantů, způsobilé do jisté míry narušit hospodářskou soutěž i v rámci evropského prostoru není žádným tajemstvím. Podle vzoru uvedeného konceptu, jak byl do právního řádu začleněn Českou republikou zákonem o významné tržní síle a jejím zneužití, bylo postupováno, ovšem modifikovaně i případě konstrukce nového konceptu. Navrhovaná revize čl. 102 SFEU za použití toho konceptu by změnila jeho podobu tak, že by primárně bylo zakázáno *zneužití významné tržní síly*, přičemž *zneužití dominantního postavení* by potom bylo kvalifikovanou skutkovou podstatou odůvodňující např. přísnější sankci za porušení tohoto článku SFEU. Vzhledem k tomu, že znění stávajícího čl. 102 SFEU nebránilo jeho aplikaci na spojení podniků v minulosti, nebránilo by to ani v případě tohoto konceptu s tím rozdílem, že by došlo k vykrytí nedostatku vyčítaného konceptu *strukturálního zneužití dominantního postavení* podle rozhodnutí ve věci *Continental Can*, kde bylo možné postihnout spojení, které mělo za následek toliko posílení již stávajícího dominantního postavení, zde by se jednalo o *strukturální zneužití významné tržní síly*, kde by mohly být postiženy i podniky, které se teprve do dominance spojují nebo jí ani spojením nedosahují, ale toto spojení poškozuje hospodářskou soutěž. Jednalo by se tedy na rozdíl od Nařízení 139/2004 o kontrolu *ex post*, přičemž Komise by musela být opět vybavena dostatkem nástrojů k napravení již existujícího spojení, tj. např. disponovat oprávněním prohlásit spojení za neplatné, ev. zrušit transakci, kterou byla získána kontrola nad jiným podnikem nebo v krajním případě možnost přikázat rozdělit spojený podnik. Výkladový problém, kromě již obvyklých, by byl s definicí *významné tržní síly*, kde na rozdíl od dominantního postavení by bylo dle mého názoru nutné se přiklonit ke stanovení hranice tržního podílu. *Evropská dimenze* spojení by byla nastavena teritoriálně, jak bylo specifikováno výše, v případě konceptu strukturálního zneužití dominantního postavení. **Avšak** tento nástin revize čl. 102 SFEU by narazil hned na několik problémů, jednak by došlo k tomu, že by se zpřísnila kontrola stávajících restriktivních praktik, kdy je postihováno až zneužití dominantního postavení, nikoli významné tržní síly, což nepochybně není zcela správným krokem. Dalším problém by nastal při samotné aplikaci tohoto revidovaného článku, neboť by zřejmě dlouho trvalo vytvoření obecně přijímané definice *významné tržní síly*, což by mohlo vyústit k částečné neaplikovatelnosti tohoto ustanovení a v neposlední řadě problém navazující na první z uvedených, došlo by dle mého názoru k takovému nahuštění soutěžní regulace, která by paradoxně mohla v krajním případě hospodářskou soutěž až paralyzovat, neboť bylo regulováno zcela „všechno“. Podniky by se mohly začít obávat se přirozeně na trhu chovat a zapojovat se do konkurenčního boje ze strachu z postihu i za neškodné jednání, které by mohlo být vyhodnoceno jako soutěži neprospěšné,

neboť hranice významné tržní síly by byla zřejmě velice neostrá, stejně jako v případě dominantního postavení, avšak na rozdíl od podniku s významnou tržní silou si je dominant, s ohledem na jeho činnost na trhu, obvykle velice dobře vědom toho, že disponuje dominantním postavením. Konečně, pokud by k takovéto právní skutečně došlo, získala by Komise v rámci svého rozhodování poměrně velký prostor oproti stávajícímu systému pro správní uvážení, což také nelze považovat za prospěšné, neboť by to mohlo vést ke zvůli tohoto soutěžního orgánu, nadměrné kontrole mnohdy „domnělých“ soutěžních problémů, kde by mohly také začít působit různé lobbistické skupiny atd.. Nadto je zde jedna dílčí otázka směřující do jednotnosti právní úpravy, stejně jako v předešlém případě. V tomto ohledu jsme tedy uzavřeli, že koncept významné tržní síly v této podobě, se jeví s ohledem na jeho velice problematickou aplikovatelnost, jako nepoužitelný, nadto velmi reálně hospodářskou soutěž paralyzující a navíc koncept by neřešil otázku rozpornosti pohledu na *dominantní postavení*, neboť by sice z textu přímo nevyplývalo, že má tento koncept sloužit k zabránění vzniku dominantů na trhu, nicméně s ohledem na přísnější povahu takové revize, by se k tomu došlo výkladem s tím rozdílem, že by nešlo o kontrolu předstižnou.

S ohledem na výše uvedené, bych se s výhradami, přiklonil samozřejmě k prvnímu postupu, jak definovaný problém řešit, tj. k modifikovanému konceptu *strukturálního zneužití dominantního postavení*. Jeho navržená podoba, tj. částečná revize čl. 102 odst. 2 SFEU potom odráží námitky, které sice byly shledány jako nedůvodné a vyvráceny obratným výkladem cílů smluv a vnitřního trhu, směřující do skutečnosti, že toto typové jednání nebylo obsahem čl. 102 SFEU v rámci demonstrativního výčtu skutkových podstat zneužívajícího jednání, avšak i když jde o výčet demonstrativní, jak bylo mnohokrát potvrzeno i judikaturou, je spojování podniků, natolik specifické jednání, že by si v rámcové podobě zasloužilo do demonstrativního výčtu v případě takovéto revize a přijetí obdobného konceptu zařadit.

Výše uvedené de lege ferenda úvahy o možnostech řešení nastíněného problému odráží výše uvedené závěry zejm. ve vztahu k existenci ex ante regulace v soutěžním právu, neboť oba dva koncepty počítaly s vyřazením tohoto elementu z obecného soutěžního práva. Je samozřejmé, že je-li zájem na kontrole podnikových koncentrací, bylo by při aplikaci čl. 102 SFEU poměrně komplikovanější nastavit pravidla pro posuzování spojení, avšak jak jsme viděli v případě Continental Can, soudu to nečinilo žádné potíže. Pokud bychom tedy měli zodpovědět otázku, zda dvojí právní úprava dominantního postavení činí problém, tak je třeba říci, že ano, a to soutěžnímu právu samotnému, tj. jeho vzájemné souladnosti. Nepochybuji o tom, že aplikační

problémy s těmito úpravami ve vztahu k dominantnímu postavení Komise nemá, neboť jednoduše veškerá spojení, pokud splňují evropskou dimenzi posuzuje podle uvedeného Nařízení – střet by zde nastal poněkud citelněji, pokud by některé spojení bylo na místo dle uvedeného nařízení vyhodnoceno jako porušení čl. 102 SFEU, což by znamenalo návrat k předešlému konceptu – konečně pokud se podíváme na sankční mechanismus Nařízení 139/2004, tak Komise zde, kromě znemožnění spojení, trestá sankcí nedodržení notifikační povinnosti nebo porušení podmínek podmíněného povolení, tj. pokud by se některé spojení mělo s ohledem na způsob provedení povahu spíše zneužití dominantního postavení, a Komise se rozhodla nadto aplikovat čl. 102 SFEU, jednalo by se o porušení právní zásady ne bis in idem, pokud dříve v rámci mechanismu Nařízení spojení, byť s podmínkami, ale povolila. Takový střet však v praxi Komise nenastal a nedá se ani očekávat, že by k něčemu takovému došlo, nicméně přesto, by ani v případě ospravedlnitelného zájmu, neměla existovat regulace upravující určité chování odchylně, což je obecným předpokladem fungujícího předvídatelného práva, zajišťujícího alespoň elementární standard právní jistoty.

Co je však řekl bych větší překážkou ve vztahu k dvojí úpravě dominantního postavení, že jedna z nich je svojí povahou ex ante. Důvody proti tomuto systému předstižné kontroly, nadto kontroly v oblasti spojování podniků zazněly již na mnoha místech v této práci, tj. že tento systém by měl být svojí povahou dočasný a aplikovaný toliko na trzích, kde soutěž dlouhodobě neprobíhala a nelze to ani předpokládat, tj. ve vybraných sektorech např. státních monopolů a nikoli na plněfunkční soutěži, která účinně probíhá. V tomto smyslu se jeví tento ex ante element jako nadbytečný, neboť i se spojením podniků a hrozbou opravdu vážných strukturálních změn dokáže v krajním případě stávající ex post kontrola vypořádat, jak demonstroval ESD ve věcech Philip Morris – Rothmans a ve věci Continental Can. Mám za to, že tento způsob deregulaci by žádnou katastrofu pro vnitřní trh neznamenal, nadto by byla odstraněna nesouladná a dle mého závěru do jisté míry nadbytečná právní úprava podnikových koncentrací a ponechána toliko kontrola ex post, která plně odpovídá kontrole funkčního trhu a zbytečně jej nezatěžuje nadregulací. Zde je třeba také zmínit to, že pokud by následoval v budoucnu trend tvorby dalších ex ante prvků, bylo by možné uvažovat o tom, že hospodářskou soutěž a její účinnou podobu omezuje samotné právo.

Résumé (EN)

The presented work addresses the issue of the double-tracking nature of a dominant position in European competition law. The aim of the integration efforts during the establishment of the EU was the creation of an internal market, especially the customs union. In order to achieve this state, it was necessary to take a number of integration measures and create a legal framework, i.e. conditions, under which economic competition in the internal market could operate effectively. In this context a variety of legislation valid for the whole EU territory has been accepted. However, in the context of the economic competition this work analyzes the legislation on market dominance carried out first in Article 102 of TFEU (Treaty on the Functioning of the European Union) prohibiting restrictive business practices in the form of abuse of a dominant position and also in Council Regulation (EEC) No 4064/89 and later in Council Regulation (EC) No 139/2004 regulating the control of concentrations between undertakings. In case of both the legislations the crucial question is the "dominant position" of an enterprise in the market, while Article 102 of TFEU represents the *ex post* control, i.e. applies only to the possible abuse of the dominant position, and in this sense the dominant position itself is not the problem, and also the legislation on control of corporate concentrations, which represents the *ex ante* control of the "dominant position", i.e. can prohibit a merger, as a result of which there would be a gain or strengthening of a dominant position in the market, or as a result of which such structural changes would occur in the market that could substantially reduce or eliminate competition. With regard to the presented subject, the work includes the interpretation of the concepts of a dominant position itself, as well as the meaning and essence of the system of prosecution of restrictive practices under Article 102 of TFEU, and the control of corporate concentrations within the meaning of Regulation 139/2004. It also further discusses the issue of minimizing public authority intervention in the form of creating regulations of economic competition, and also the conflicts that arise from this dual approach to treatment of a dominant position, particularly in relation to the control of corporate concentrations, and the possible conflicts of the application of this regulation with the right of ownership of the relevant business to their resources, the freedom of contract and the free movement of capital.

Résumé (ČJ)

Předkládaná práce se zabývá otázkou dvojrole dominantního postavení v evropském soutěžním právu. Cílem integračních snah při zakládání EU bylo vytvoření vnitřního trhu, zejm. celní unie. Aby bylo možné tohoto stavu dosáhnout, bylo nezbytné přijmout řadu integračních opatření a vytvořit právní rámec, resp. podmínky, za kterých by mohla hospodářská soutěž na vnitřním trhu efektivně fungovat. V této souvislosti byla přijata řada právních předpisů s platností pro celé území EU. V této práci je však analyzována v souvislosti s hospodářskou soutěží právní úprava dominantního postavení na trhu provedená jednak čl. 102 SFEU zakazujícími restriktivní praktiky podniků ve formě zneužívání dominantního postavení a dále také Nařízení 4064/89 a později Nařízení 139/2004 upravující kontrolu podnikových koncentrací. V případě obou právních úprav je zásadní otázkou „dominantní postavení“ podniku na trhu, přičemž čl. 102 SFEU představuje kontrolu *ex post*, tj. vztahuje se až případné zneužití dominantního postavení a v tomto smyslu samo dominantní postavení není problémem a dále právní úprava kontroly podnikových koncentrací, která představuje *ex ante* kontrolu „dominantního postavení“, resp. umožňuje zakázat spojení podniků, v jehož důsledku by došlo k získání nebo posílení dominantního postavení podniku na trhu nebo v jehož důsledku by nastaly takové strukturální změny na trhu, že by hrozilo podstatné omezení nebo vyloučení soutěže. S ohledem na předešlé téma, práce obsahuje výklad o koncepcích dominantního postavení jako takového, dále o smyslu a podstatě systému postihování restriktivních praktik dle čl. 102 SFEU a kontrole podnikových koncentrací ve smyslu Nařízení 139/2004. Je zde dále také diskutována otázka minimalizace intervence veřejné moci v podobě vytváření regulace hospodářské soutěže a také konflikty, které vznikají v důsledku tohoto dvojího pojetí úpravy dominantního postavení, zejm. ve vztahu ke kontrole podnikových koncentrací a možným střetům aplikace tohoto nařízení s vlastnickým právem dotčených podniků k jejich zdrojům, smluvní svobodě a volnému pohybu kapitálu.

Seznam použitých zkratk

| | |
|--------------------------|---|
| SES | - Smlouva o Evropském společenství |
| SFEU | - Smlouva o fungování Evropské unie |
| ESD | - Evropský soudní dvůr (předchůdce SDEU) |
| SDEU | - Soudní dvůr Evropské unie (nástupce ESD) |
| EU | - Evropská unie |
| Tribunál | - nástupce Soudu prvního stupně |
| SPS | - Soud prvního stupně (předchůdce tzv. Tribunálu) |
| ES | - Evropská společenství |
| Komise | - Evropská komise |
| NSÚ | - národní soutěžní úřad |
| ÚOHS | - Úřad pro ochranu hospodářské soutěže |
| Nařízení 4064/89 | - COUNCIL REGULATION (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings |
| Nařízení 139/2004 | - COUNCIL REGULATION (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation) |
| ObchZ | - zák. č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník v platném znění |
| ZOHS | - zák. č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže v platném znění |
| ZVTS | - zákonem č. 395/2009 Sb., o významné tržní síle při prodeji zemědělských a potravinářských produktů a jejím zneužití |

Seznam literatury a jiných pramenů

Literatura

- **Bejček, J.** Existenční ochrana konkurence, 1. vyd., Brno : Masarykova univerzita, 1996
- **Bejček, J.** Soutěžní politika a fúze v evropském kontextu, Brno : Masarykova univerzita, 2010
- **Bellamy, Ch., Child, G.** European Community Law of Competition, 6. vydání, London: Sweet & Maxwell, 2008
- **Bishop, S., Walker, M.** The Economics of EC Competition Law: Concepts, Applications and Measurement, Sweet & Maxwell, London 2002
- **Black, O.** Conceptual Foundations of Antitrust, Cambridge University Press, 2005, chapter 1
- **Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol.** Kurs obchodního práva, Obecná část, Soutěžní právo, 5. vydání, Praha : C.H. Beck, 2007
- **Faull, J., Nikpay A.** The EC Law of Competition, Oxford University Press, 1999
- **Faull, J, Nikpay, A.** The EC Law of Competition, Second edition, New York, Oxford University Press, 2007
- **Holman, R. a kol.** Dějiny ekonomického myšlení, 2. vyd., Praha : C.H. Beck, 2001
- **Jones, A., Sufrin, B.** EC Competition Law, Third edition, Oxford University Press, 2008
- **Kindl, J.** Kartelové a distribuční dohody, Praha : C.H. Beck, 2009
- **Munková, J., Svoboda, P., Kindl, J.** Soutěžní právo, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2006
- **Munková, J., Svoboda, P., Kindl, J.** Soutěžní právo, 2. vyd., Praha : C.H. Beck, 2012
- **O'Donoghue, R., Padilla, A. J.** The Law and Economics of Article 82 EC, Hart Publishing, 2006
- **Padilla, J.** The Antitrust Economics of Tying: A Farewell to Per se Illegality, Antitrust Bulletin, 2003
- **Pelikánová, I.** Komentář k obchodnímu zákoníku, 3. vyd., I. díl, Praha : LINDE Praha, a.s. Praha 2003
- **Petr, M. a kol.** Zakázané dohody a zneužití dominantního postavení v ČR, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2010
- **Petr, M.** Modernizace komunitárního soutěžního práva, Praha : C.H. Beck, 2008
- **Raus, D., Neruda, R.** Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a souvisící české i komunitární předpisy, 2. vydání, Praha : Linde Praha, 2006
- **Ritter, L., Braun, W. D.** European Competition Law: A Practitioner Guide, Third Edition, Kluwer Law International, 2004
- **Ritter, F.** Wettbewerbs – und Kartellrecht, 6.A., C.F. Müller Verlag, Heidelberg 1999
- **Schulte, J. L.** Handbuch Fusionskontrolle, Luchterhand, München 2005

- **Stroux, S.** US and EU Oligopoly Kontrol, International Competition Law Series, vol. 14, Kluwer International Law, 2004
- **Šilhán, J.** Cenové praktiky zneužití dominantního postavení z pohledu práva a ekonomie, Brno : Tribun EU, 2009
- **Tichý, L., Arnold, R., Zemánek, J., Král, R., Dumbrovský, T.** Evropské právo, 4. vyd., Praha : C.H.Beck, 2011
- **Tindall, G.B., Shi, D.E.** Dějiny spojených států amerických, Praha : nakladatelství Lidové noviny, 2000
- **Utton, M. A.** Market Dominance and Antitrust Policy, 2. vyd., Edward Elgar, 2003
- **Wirtz, B. W.** Mergers & Acquisition Management, Gabler, Weisbaden 2003

Články, studie, prohlášení, stanoviska

- **Basedow, D.** Regulierung und Wettbewerb in Marktwirtschaftlichen Ordnungen, Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier, Trier 2003
- **Bejček, J.** Falešné dilema strnulé právní normativity a pružného ekonomického pragmatismu v soutěžním právu, Právník, 2006
- **Bejček, J.** Regulace a soutěž, Právní fórum, č. 3, 2007
- **Boudreaux, D., J., DiLorenzo, T.** The Protectionist Roots of Antitrust, The Review of Austrian Economics, Vol. 6, No. 3, 1993
- **Budzinski, O.** Monoculture versus diversity in competition economics, Cambridge Journal of Economics, 2008, sv. 32, č. 2
- **Dethmers, F., Dodoo, N.** The Abuse of Hoffmann-La Roche: The meaning of Dominance under EC Competition Law, European Competition Law Review, 2006, č. 10
- **DiLorenzo, T.** The Origins of Antitrust – Rhetoric vs. Reality, Regulation magazin, Vol. 13, No. 3, Fall 1990, Cato institute, Washington D.C.
- **Dubow, B., Elliot, D., Morrison, E.** Unilateral Effect and Merger Simulation Models, European Competition Law Review, No. 2, 2004
- **Gerber, D.** Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus, Oxford University Press, 2003
- **Hylton, K. N.** Antitrust Law - Economic Theory & Common Law Evolution, Cambridge University Press, 2003
- **Kokkoris, I.** The Reform of the European Control Merger Regulation in the Aftermath of the Airtours case – the Eagerly Expected Debate: SLC vs. Dominance test, European Competition Law Review, No. 1, 2005

- **Kolasky, W. J.** What is Competition?, U.S. Department of Justice, 2002 – dostupné z – <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/200440.html>
- **Krabec, T.** Ordoliberalismus a sociální tržní hospodářství, Politická ekonomie č. 6
- **Luescher, Ch.** Efficiency Considerations in European Merger Control – Just Another Battle for the European Commission, Economists and Competition Lawyers?, European Competition Law Review, No. 2, 2004
- **Madill, L. Mexis, A.** Consumer at the of the EU competition policy, Competition Policy Newsletter, 2009, č. 1
- **McGee, J.** Predatory Price Cutting: The Standard Oil Case, 1 J. L. & ECON
- **Mestmäcker, E. J.** Die Interpendenz vo Recht und Ökonomie in der Wettbewerbspolitik, in Monopollkommission: Zukunftsperspektiven der Wettbewerbspolitik, Nomos, Baden-Baden 2005
- **Monti, G.** Article 81 and Public Policy, Common Market Law Review, 2002, vol. 39
- **Monti, G.** Competition Law, Cambridge University Press, 2007
- **Monti, G.** The Concept of Dominance in Article 82, European Competition Journal, 2006
- **Munková, J.** Podnik jako adresát normy v soutěžním právu, Právní rozhledy č. 17/2004
- **Neils, G., Jenkins, H.** Reform of Article 82: Where the Link Between Dominance and Effect Breaks Down, European Competition Law Review, 2005, č. 11
- **Neruda, R.** Relevantní trh a otázky související v teorii a praxi soutěžního práva (první část), Právní rozhledy, 2004, č. 12
- **Neruda, R.** Relevantní trh a otázky související v teorii a praxi soutěžního práva (druhá část), Právní rozhledy, 2004, č. 13
- **Neruda, R.** Společný podnik jako spojení soutěžitelů z pohledu práva na ochranu hospodářské soutěže, Právní rozhledy, č. 1, 2004
- **Neruda, R.** Substantivní test v soutěžním právu, Právní rozhledy, 11/2008, 16. roč.
- **Norinder, H., Anderson, E.** Apraisal of Joint Dominance in the Landscape of Co-opetition, EU Competition Law, University of Lund, Autumn 2009
- **Odudu, O.** The Boundaries of EC Competition Law. The Scope of Article 81, Oxford University Press, 2006
- **Paneš, P.** Americká antimonopolní politika, Liberální institut, 2006 – dostupné na - http://www.libinst.cz/etexts/WP_2_2006.pdf
- **Paneš, P.** Kořeny antimonopolní politiky – dostupné na - <http://nf.vse.cz/download/veda/workshops/koreny.pdf>
- **Pelikán, R.** Zákon o významné tržní síle – legislativní „Dada“ směřuje do praxe, Antitrust 2009/0, 2009
- **Pera, A. Auricchio, V.** Consumer Welfare, Standard of proof and the Objectives of Competition Policy, European Competition Journal, vol. 1, 2005, č. 1

- **Sadil, J.** O smysluplné regulaci, Hospodářské noviny z 5. 7. 2006
- **Soares, A.** „National Champions“ Rhetoric in European Law, *World Competition*, 2008, 31
- **Šilhán, J.** Překážky vstupu na relevantní trh, *Obchodní právo*, Praha : Prospektrum, 2007, č. 12
- **Turnbull, S.** Barriers to Entry, Article 86 an the Abuse of Dominant Position: An Economic Critique of European Community Competition Law, *European Competition Law Review*, č. 96/1996
- **Vickers, J.** Meger Policy in Europe: Retrospect and Prospect, *European Competition Law Review*, No. 7, 2004
- stanovisko Generální advokátky J. Kokott ve věci *British Airways*, C-95-04
- stanovisko Generálního advokáta N. Fennellyho ve věci *Cewal* - Opinion of Advocate General N. Fennelly delivered on 29 October 1998 related to *CEWAL* joined cases, ECR 2000 Page I-01365
- proslov Komisařky pro hospodářskou soutěž Neelie Kroes ze dne 23. 9. 2005; Fordham Corporate Law Institute v New Yorku: „Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82“, SPEECH/05/539

Právní předpisy, smlouvy, soft law, výroční zprávy, jiné dokumenty

- Smlouvy – SES, SFEU, SEU
- COUNCIL REGULATION (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings – dostupné z - <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989R4064:EN:HTML>
- COUNCIL REGULATION (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation) – dostupné z - http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/126096_en.htm
- Commission Regulation (EC) No 802/2004 of 7 April 2004 implementing Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings, *Official Journal L* 133 , 30/04/2004 P. 0001 – 0039 – dostupné na - <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0802:EN:HTML>
- Nařízení Rady (EHS) č. 17 o provádění čl. 85 a 86 Smlouvy, ÚV P 13, 21. 2. 1962
- Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2002/21/ES ze dne 7. 3. 2002 o společném předpisovém rámci pro síť a služby elektronických komunikací (tzv. rámcová směrnice)
- Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2002/77/ES ze dne 7. 3. 2002 o hospodářské soutěži na trzích s elektronickými sítěmi a službami (tzv. soutěžní směrnice)
- Pokyny Komise k vertikálním omezením – dostupné na - <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:130:0001:0046:CS:PDF>

- Pokyny k použitelnosti článku 101 Smlouvy o fungování Evropské unie na dohody o horizontální spolupráci – dostupné na - <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:011:0001:0072:CS:PDF>
- 27. výroční zpráva Komise o politice hospodářské soutěže, 1997, dostupná z - http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/index.html
- Sdělení Komise o definici relevantního trhu pro účely práva hospodářské soutěže Společenství, ÚV C 372, 9. 12. 2005
- Pokyny pro posuzování horizontálních spojování podle nařízení Rady o kontrole spojování podniků (2004/C 31/03) – dostupné z - http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/126107_cs.htm
- Sdělení Komise o definici relevantního trhu pro účely práva hospodářské soutěže Společenství, ÚV C 372, 9. 12. 2005
- Pokyny k prioritám Komise v oblasti prosazování práva při používání čl. 82 Smlouvy na zneužívající chování dominantních podniků vylučující ostatní soutěžitele, ÚV C 45, 24. 2. 2009
- Diskusní materiál Komise k aplikaci čl. 82 Smlouvy na vylučovací znežívání dominantního postavení – dostupný na – <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>.
- OECD: Market Power and the Law, A Study of the Restrictive Business Practice Laws of OECD Member Countries and the EEC and ECSC Dealing with Market Power, Paris 1970
- Glossary of Terms used in Competition related matters, European Communities, 2003 – dostupné z http://ec.europa.eu/comm/competition/general_info/glossary_en.html
- US Department of Justice: SINGLE-FIRM CONDUCT AND SECTION 2 OF THE SHERMAN ACT: AN OVERVIEW – dostupné na - http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681_chapter1.htm#ci
- Poslanecká sněmovna PČR - Důvodová zpráva k zákonu č. 395/2009 Sb., o významné tržní síle při prodeji zemědělských a potravinářských produktů a jejím zneužití – dostupné na - <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=5&CT=431&CT1=0>
- Green Paper on the Review of Council Regulation (EEC) No 4064/89 – dostupné na - http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2001/com2001_0745en01.pdf
- Sdělení Komise k otázkám příslušnosti podle nařízení Rady (ES) č. 139/2004, o kontrole spojování podniků (2008/C 95/01), – dostupné na - <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:CS:PDF>

Rozhodnutí

Rozhodnutí ESD (SDEU)

- rozhodnutí ESD ve věci *Höfer & Elser/Marcitron GmbH*, C-41/90

- rozhodnutí ESD ve věci *Job Centre*, C-55/96
- rozhodnutí ESD ve věci *Philip Morris – Rothmans*, C-142 a 156/84
- rozhodnutí ESD ve věci *Hydrotherm/Compact*, 170/83
- rozhodnutí ESD ve věci *Costen a Grundig*, 56 a 58/64
- rozhodnutí ESD ve věci *United Brands*, 27/76
- rozhodnutí ESD ve věci *Hoffmann-La Roche*, 85/76
- rozhodnutí ESD ve věci *Continental Can*, 6/72
- rozhodnutí ESD ve věci *AKZO*, 62/86
- rozhodnutí ESD ve věci *Sacchi*, 155/73
- rozhodnutí ESD ve věci *British Airways*, C-95/04
- rozhodnutí ESD ve věci *Tetra Pak II*, C-333/94
- rozhodnutí ESD ve věci *General Motors*, 26/75
- rozhodnutí ESD ve věci *Suiker Unie*, 40/73

Rozhodnutí Tribunálu

- rozhodnutí Tribunálu ve věci *Shell*, T - 11/89
- rozhodnutí Tribunálu ve věci *Atlantic Container Line*, T-191 a 212 až 214/98
- rozhodnutí Tribunálu ve věci *France Télécom*, T-340/03
- rozhodnutí Tribunálu ve věci *General Electric*, T-210/01
- rozhodnutí Tribunálu ve věci *Microsoft*, T-201/04
- rozhodnutí Tribunálu ve věci *British Plaster Board*, T-65/89
- rozhodnutí Tribunálu ve věci *Flat Glass*, T-68/89, T-77/89, T-78/89
- rozhodnutí Tribunálu ve věci *Irish Sugar*, T-228/97
- rozhodnutí Tribunálu ve věci *Atlantic Container Line*, T-191 a 212 až 214/98
- rozhodnutí Tribunálu ve věci *Deutsche Bahn*, T-229/94
- rozhodnutí Tribunálu ve věci *Michelin II.*, T-203/01
- rozhodnutí Tribunálu ve věci *AAMS*, T-139/98
- rozhodnutí Tribunálu ve věci *Hilti*, T-30/89
- rozhodnutí Tribunálu ve věci *Clearstream*, T-301/04
- rozhodnutí Tribunálu ve věci *JFE Engineering*, T-67 a 68/00, T-71/00 a T-78/00
- rozhodnutí Tribunálu ve věci *Dradenauer Stahlgesellschaft mbH*, T-234/95

Rozhodnutí Komise

- rozhodnutí Komise ve věci *Microsoft*, COMP/C 3.37.792, ze dne 24. 3. 2004
- rozhodnutí Komise ve věci *Tetra Pak/Alfa Laval*, 1991, OJ L 290/35
- rozhodnutí Komise ve věci *Tetra Pak II.*, OJ 1992 L 72/1
- rozhodnutí Komise ve věci *SABA II*, OJ 1983 L 376/41

- rozhodnutí Komise ve věci *Continental Can* ze dne 9. 12.1971, 1972 L 7/25
- rozhodnutí Komise ve věci *Crédit Lyonnais/BFG Bank*, ze dne 11. 1. 1993, IV/M.296
- rozhodnutí Komise ve věci *Klöckner&Co.AG/Computer 2000 AG*, ze dne 5.9.1994, IV/M.492

Rozhodnutí soudů USA

- rozsudek federálního odvolacího soudu USA ve věci *Ball Memorial Hospital*, 784 F.2d 1325, 1338 (7th Cir. 1986)
- rozhodnutí Nejvyššího soudu USA ve věci *Standard Oil Co. of New Jersey vs. United States*, 221 U.S. 1 (1911)
- rozhodnutí US Court of Appeals for Third Circuit, ve věci *LaPage vs. 3M*, 2002 WL 46961

Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ČR a Krajského soudu v Brně

- rozsudek Nejvyššího správního soudu ČR ve věci *T-Mobile*, č.j. 2 A 13/2002-OL-424
- rozsudek Nejvyššího správního soudu ČR, č.j. 2 A 11/2002-OL-227 ze dne 21. 10. 2004
- rozsudek Krajského soudu v Brně ve věci *ČSAD Liberec*, č.j. 62 Ca 27/2006-171
- rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ČR, č.j. Komp 3/2006-511

Internetové zdroje

- Studentská elektronická knihovna The Nottingham Trent University – EMERALD
- Studentská elektronická knihovna The Nottingham Trent University – Business Source Complete
- www.ntu.ac.uk
- <http://circa.europa.eu>
- www.eurofound.europa.eu/
- <http://eur-lex.europa.eu/>
- <http://www.stolaf.edu>
- <http://ec.europa.eu/>
- <http://europa.eu>
- www.compet.cz/
- www.nssoud.cz
- www.justice.gov
- <http://bulk.resource.org/>
- www.psp.cz
- www.antitrust.cz

Klíčová slova - Keywords

evropské soutěžní právo – european competition law

hospodářská soutěž – economic competition

dominantní postavení – dominance position

zneužití dominantního postavení – abuse of dominant position

kontrola koncentrací podniků - control of concentrations between undertakings

Název diplomové práce v anglickém jazyce

„Duality of the legal regulation of a dominant position in EU competition law“